

DIE RECHTSWIRKSAMKEIT
VON TARIFVERTRÄGEN
IM ÖFFENTLICHEN DIENST

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte

des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der
Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
STEPHAN HASE
Rechtsanwalt in Wiesbaden

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554418_0052

DIE RECHTSWIRKSAMKEIT
VON TARIFVERTRÄGEN
IM ÖFFENTLICHEN DIENST

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte

des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der
Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

STEPHAN HASE

Rechtsanwalt in Wiesbaden

1981



Erstberichterstatter: Professor Dr.jur. Alfons Kraft
Zweitberichterstatter: Professor Dr.jur. Horst Konzen
Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1981

Gliederung

A.	Einleitung	1
I.	Problemstellung	1
II.	Gang der Untersuchung	5
B.		
Erster Teil	Die Rechtswirksamkeit von TV im ÜD	6
1. Kapitel	Die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit von TV	6
I.	Die Wirksamkeitsvoraussetzungen im allgemeinen	6
II.	Die Berücksichtigung von Besonderheiten des ÜD	8
2. Kapitel	Die Rechtswirksamkeit von TV im ÜD im Lichte des Art. 33 Abs. 5 GG	11
I.	Problemstellung	11
II.	Die in der Literatur vertretenen Meinungen	12
III.	Die Rechtsprechung des BVerfG	16
IV.	Stellungnahme	16
3. Kapitel	Die Tariffähigkeit der Vertragsparteien des ÜD	21
1. Abschnitt	Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen der Tariffähigkeit	22
I.	Begriff und Bedeutung der Tariffähigkeit	22
II.	Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit	25
1.	Die Tariffähigkeit von Koalitionen	25
A.	Tariffähigkeit und Koalitionsbegriff des BVerfG	25
B.	Bedeutung des Streits um "Verbandsmächtigkeit" und "Arbeitskampffähigkeit" als weitere, über den Koalitionsbegriff des BVerfG hinausgehende Anforderungen an die Tariffähigkeit für die vorliegende Untersuchung	29
C.	Verbandsmächtigkeit, Arbeitskampffähigkeit und Art. 9 Abs. 3 GG	32

D.	Divergenz von Tariffähigkeit und Koalitions- begriff als Grundlage der Forderung nach "Verbandsmächtigkeit" und "Arbeitskampffähigkeit"	35
a.	Die vertretenen Meinungen	35
b.	Stellungnahme	37
E.	Tariffähigkeit und Verbandsmächtigkeit	42
a.	Rechtsprechung des BAG	42
b.	Meinungsstand in der Literatur	43
c.	Stellungnahme	46
F.	Tariffähigkeit und Arbeitskampffähigkeit	52
a.	Bedeutung der Arbeitskampffähigkeit für die Tariffähigkeit der Gewerkschaften	53
b.	Bedeutung der Arbeitskampffähigkeit für die Tariffähigkeit der Arbeitgebervereinigungen	61
aa.	Die Problematik des Verhältnisses von Arbeitgeber- eigenschaft und Kampffähigkeit	61
bb.	Die Rechtmäßigkeit der Aussperrung	62
aaa.	Rechtsprechung des BAG	63
bbb.	Herrschende Lehre	64
ccc.	Gegenteilige Literaturmeinung	65
ddd.	Stellungnahme	67
G.	Zusammenfassung der an die Tariffähigkeit von Koalitionen zu stellenden Anforderungen	77
2.	Die Tariffähigkeit des Einzelarbeitgebers	78
2. Abschnitt	Vorüberlegungen für die weitere Untersuchung	81
3. Abschnitt	Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten Mächten; Gegnerfreiheit und Arbeitskampf- fähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes	83
I.	Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten Mächten	83
II.	Gegnerfreiheit - Gegnerunabhängigkeit der Vertragsparteien des ÖD	87

III

1.	Bedeutung und Inhalt des Merkmals der Gegnerfreiheit	87
A.	Bedeutung	87
B.	Inhalt	88
a.	Lehre von der absoluten Gegnerfreiheit (Gegnerreinheit)	89
b.	Lehre von der relativen Gegnerfreiheit (Gegnerunabhängigkeit)	89
c.	Rechtsprechung des BVerfG	90
d.	Stellungnahme	91
2.	Gegnerunabhängigkeit der Gewerkschaften des ÜD	97
3.	Gegnerunabhängigkeit der Koalitionen der Länder und Gemeinden	101
A.	Struktur der Arbeitgeberkoalitionen der Länder und Gemeinden	101
B.	Demokratieprinzip und Gegnerunabhängigkeit im ÜD	103
C.	Auswirkungen auf die Arbeitgeberkoalitionen des ÜD	113
4.	Gegnerunabhängigkeit des Bundes als Einzel- arbeitgeber	116
5.	Gegnerunabhängigkeit der Selbstverwaltungs- körperschaften des öffentlichen Rechts	122
A.	Bundesbahn und Bundespost	122
B.	Die Träger der Sozialversicherungen	126
a.	Bundesanstalt für Arbeit	126
b.	Die im SGG vorgesehenen Sozialversicherungs- träger	129
6.	Fazit	131

III.	Arbeitskampffähigkeit der Vertragsparteien des ÖD	132
1.	Das Recht der öffentlichen Arbeitgeber zur Aussperrung	132
A.	Problemstellung	132
B.	Bedeutung und Inhalt des Sozialstaatsprinzips	133
C.	Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf das Recht zur Aussperrung	136
2.	Arbeitskampffähigkeit der Gewerkschaften des ÖD	141
A.	Befürworter des Streikrechts	141
B.	Gegner des Streikrechts	143
C.	Vermittelnde Meinung	145
D.	Stellungnahme	145
a.	Kollision der Grundgesetznormen	145
b.	Lösung der Kollision im Bereich des Beamtenrechts	146
c.	Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die Arbeitnehmerschaft des ÖD	149
d.	Unverhältnismäßigkeit des Streiks	153
e.	Keine partielle Zulässigkeit des Streiks	155
IV.	Rechtsfolge für die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im ÖD	158

Zweiter Teil	Überlegungen zur Behebung des durch die Nichtigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst entstehenden Regelungsdefizits hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer	159
1. Kapitel	Einleitende Vorbemerkungen	159
I.	Rechtslage aufgrund der Nichtigkeit der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes	159
II.	Bisherige Reformbestrebungen für den Bereich des öffentlichen Dienstes	170
III.	Möglichkeiten der Konfliktlösung	172
2. Kapitel	Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe	173
I.	Auswirkungen einer Privatisierung	173
II.	Beschränkung der Privatisierungsmöglichkeiten	174
III.	Bedenken gegen Privatisierungsbestrebungen	175
3. Kapitel	Zwangsschlichtung im öffentlichen Dienst	177
I.	Gedanklicher Ansatzpunkt	177
II.	Zulässigkeit der Zwangsschlichtung	179
1.	Zwangsschlichtung und Tarifautonomie	179
2.	Zwangsschlichtung als zulässiges Gestaltungsmittel	180
4. Kapitel	Regelung durch Gesetz	186
I.	Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung	186
II.	Praktikabilität einer gesetzlichen Regelung	187
1.	Gefahr der Rechtszersplitterung	187
2.	Gesetzliche Regelung als Politikum	187
3.	Parlamentarisches In-sich-Geschäft	189
4.	Gesamtwürdigung	190
III.	Beteiligung der Gewerkschaften	192
C.	Zusammenfassende Thesen	193

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

-
- | | |
|---|--|
| ABENDROTH, Wolfgang | Sozialgeschichte der deutschen Arbeiterbewegung, Frankfurt/Main, 1965 |
| BADURA, Peter
RITTNER, Fritz
ROTHERS, Bernd | Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz. Gemeinschaftsgutachten, München 1977
zit: Kölner Gutachten |
| BADURA, Peter | Anmerkung zu ArbG Stuttgart, EzA Nr. 9 zu Art. 9 GG; Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht Nr. 9 zu Art. 9 GG |
| BARTHOLOMEYCZIK, Horst | Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung; Archiv für civilistische Praxis; Bd 166, NF 46, 1966, S. 30 ff |
| BECKERT, Peter | Den Gemeinden dienen die wenigsten Beamten; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.2.1975, S. 6 |
| BENDA, Ernst | Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts; Recht der Arbeit 1979, 1 ff |
| BENZ, Winfried | Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis; Stuttgart, 1969 |
| BERTELSMANN, Klaus | Aussperrung, Berlin 1979 |
| BIEDENKOPF, Kurt | Grenzen der Tarifautonomie; Karlsruhe, 1964 |
| BLEY, Helmar
u.a. | Sozialgesetzbuch, Sozialversicherung, Gesamtkommentar, Stand Februar 1976
zit: BLEY - Bearbeiter, ... |
| BOCHALLI, o.V. | Buchbesprechung zu: Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts; Neue Juristische Wochenschrift, 1958, S. 174 f |
| BÜCKENFÜRDE,
Ernst-Wolfgang | Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung; Berlin 1964 |
| BÜTTICHER, Eduard | Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht; Karlsruhe, 1956 |

- BRAUN, Heinrich
Industrialisierung und Sozialpolitik
in Deutschland; - Schriften des Deutschen
Vereins für öffentliche und private
Fürsorge; Köln, Berlin, 1956
- BROX, Hans
DUDENBOSTEL, Karl
Die Zulässigkeit der Massenkündigung
als Mittel des Arbeitskampfes;
Der Betrieb 1979, 1841 ff
- BROX, Hans
ROTHERS, Bernd
Arbeitskampfrecht; Stuttgart, 1965
- BOHRIG, Erich
Lohnermittlung und Arbeitsrecht;
Arbeit und Recht; 1955, S. 15 ff
- CANARIS, Claus Wilhelm
Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht; München 1971
- CHRISTLICH-
DEMOKRATISCHE-UNION
Zum Thema: Der moderne öffentliche Dienst;
Stand: Oktober 1976, Bonn, 1976
- dies.
Thesen zur Reform des öffentlichen Dienst-
rechts; - Mainzer Thesen; diese zitiert
nach Ule, Deutsches Verwaltungsblatt,
1973, S. 387 f
- DAUBLER, Wolfgang
Die unverhältnismäßige Aussperrung -
BAG (GS) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf -
Nr. 43; Juristische Schulung, 1972, S.642
- ders.
Der Streik im öffentlichen Dienst;
Juristische Studien; Band 17, 2.Auflage,
Tübingen, 1971
- DAGTOGLOU, Prodranos
Die verfassungsrechtliche Problematik
einer Reform des öffentlichen Dienstes;
Studienkommission für die Reform des
öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 6,
13-160, Baden-Baden, 1973,
zit: Dagtoglou, Studienkommission,
Anlageband 6, S. (StK, Ab 6, S.)
- DERSCH, Hermann
- VOLKMAR, o.V.
FITTING, Karl
- MÖLLER, Bernhard
SCHELP, Günther
Arbeitsgerichtsgesetz - Kommentar -;
6. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1955;
zit. Dersch-Volkmar;
- DEUTSCHE ANGESTELLTEN-
GEWERKSCHAFT
Das neue Arbeitskampfrecht; Der Beschluß
des Großen Senats des Bundesarbeits-
gerichts vom 21.4.1971 und erläuternde
Stellungnahme aus der Sicht der Deutschen
Angestellten-Gewerkschaft; Hamburg, 1974;
zit. DAG, Arbeitskampfrecht
- dies.
Reform des öffentlichen Dienstrechts;
Hamburg, 1973; zit. DAG-Reform, S.

- DEUTSCHER BEAMTENBUND Dokumente 6, Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform ? Eine Zwischenbilanz; Bonn-Bad Godesberg; ohne Jahr; zit. DBB, -Dokumente-; S.
- ders. Vorschlag des Deutschen Beamtenbundes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts; Teil C: Materialien; Bonn-Bad Godesberg, ohne Jahr; zit. Vorschlag des DBB, S.
- DIETZ, Rolf Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann, Karl-August; Nipperdey, Hans-Carl; Scheuner, Ulrich; Die Grundrechte, Dritter Band, 1. Halbband, Berlin, 1958, S. 417-473; zit: Dietz, Grundrechte
- ders. Grundfragen des Streikrechts; Juristische Schulung, 1968, 1 ff
- ders. Zur Abgrenzung des öffentlichen Dienstes, Festschrift für Alfred Hueck, München, Berlin 1959, S. 123 ff; zit: Festschrift Hueck, S.
- ders.-RICHARDI, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München, 1973
- dies. Bundespersonalvertretungsgesetz, Kommentar, 2. Band, 2. Auflage, München 1978
- DOEMMING, Klaus-Berto v. Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes; auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates; Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge, Band 1; Tübingen 1951; zit. Parlamentarischer Rat, JöR n.F. Bd 1, S.
- FÜSSLEIN, Rudolf Werner
- MATZ, Werner
- DOTZ, Wilhelm Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung eines einheitlichen Koalitionsbegriffs ?; Arbeit und Recht, 1976, S. 65 ff
- ELLWEIN, Thomas Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik Deutschland; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 8, Baden-Baden, 1973; zit: Ellwein-Zoll, StK, Ab 8, S.
- ZOLL, Ralf
- ERB, Hans-Jörg Handbuch der Bundesregierung, 8. Wahlperiode, Stand September 1978; zit: Erb, Handbuch

- EVERS, Hans-Ulrich Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung - Rechtsgutachten -; Hamburg, 1969
- FABRICIUS, Fritz Einwirkungen von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, Recht der Arbeit, 1962, S. 94 ff
- FAUDE, Alfred
FRITZ, Kurt Das Bundesministerium des Inneren; Frankfurt, Bonn, 1966
- FISCHBACH, Georg Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, Deutsches Verwaltungsblatt, 1951, S.524 ff
- ders. Zur Neugestaltung des Beamtenrechts; Die öffentliche Verwaltung, 1951, S. 453 ff
- FÜHR, Horst Widerspricht die Aussperrung dem Grundsatz der Parität? Der Betrieb 1979, 1698 ff
- FORSTHOFF, Ernst Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 5, S. 17-70, Baden-Baden, 1973; zit. Forsthoff, Studienkommission, Anlageband 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- FREIE DEMOKRATISCHE
PARTEI DEUTSCHLANDS Kieler Thesen; Beschlossen auf dem 28. ordentlichen Bundesparteitag der F.D.P. vom 6. bis 8. November 1977 in Kiel; Bonn, 1977
- FREY, Erich Anmerkung zu BAG AuR 1957, 124; Arbeit und Recht, 1957, 125 f
- ders. Paritätsfragen im Arbeitskampfrecht; Arbeit und Recht; 1963, S. 301
- FRICKE, Walter Probleme der Ämterpatronage; Ein Beitrag zum Verhältnis des Beamtentums zu den politischen Parteien, Interessenverbänden und Kirche; Diss.; Münster, 1973
- FROMEIN, Jochen Zur völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung; Tübingen, 1976
- FUTTER, Peter Schlichtungswesen und Zwangstarif; Diss., Neustadt 1970

- GALPERIN, Hans Die autonome Rechtsetzung in Arbeitsrecht; Festschrift für Erich Molitor, München, Berlin, 1962
- ders. Inhalt und Grenzen des kollektiven Koalitionsrechtes; Arbeit und Recht; 1965, S. 1 ff
- GAMILLSCHEG, Franz Arbeitsrecht -Prüfe Dein Wissen- 5.Auflage, München, 1979
- GELDER, Alfons von Die Wirkung rechtmäßiger Arbeitskämpfmaßnahmen; Arbeit und Recht, 1969, S. 207 ff
- GERBER, Hans Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes; Deutsches Verwaltungsblatt, 1951, S. 489 ff
- GERTH, Erich Das Recht des öffentlichen Dienstes - Versuch einer Begriffsabgrenzung; Der öffentliche Dienst, 1955, S. 21 f
- GILLIES, Peter Steuerzahler als Arbeitgeber, Die Welt vom 11.8.1978, S. 6
- GREWE, Wilhelm Inwieweit läßt Art.33 Abs.5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu ? Gutachten zum 39. Deutschen Juristentag in Stuttgart, 1951; Tübingen, 1952; zit: Grewe, Gutachten z. 39. DJT
- GROSSMANN, Ruprecht Arbeitsrecht, 4. Auflage, Bonn, 1976
- SCHNEIDER, Friedrich
- GRUNSKY, Wolfgang Anmerkung zu BAG JZ 1977, S. 470, Juristenzeitung 1977, S. 473 f
- HAHN, Hans-Otto Die fehlerhafte Normenanwendung im Arbeitsverhältnis, Berlin, 1976
- HAMANN- Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
- LENZ, Helmut Deutschland vom 23. Mai 1949; Kommentar; 3.Auflage, Oldenburg - Wiesbaden, 1970
- HAMM, Walter "Privatisierung" des öffentlichen Busverkehrs ? - Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.8.1977, S. 11
- HANAU, Peter Streiks im öffentlichen Dienst; Eine rechtspolitische Nachlese; Zeitschrift für Rechtspolitik, 1974, S. 111ff
- ders. Arbeitsrecht; 5.Auflage, Frankfurt, 1978
- ADOMEIT, Klaus

- HARTWICH, Hans-Hermann Sozialstaatspostulat und gesellschaftsrechtlicher status quo; Schriften zur politischen Wirtschafts- und Gesellschaftslehre; Band 1, Köln, Opladen, 1970
- HAUCK, Karl Sozialgesetzbuch, SGB IV/1, Kommentar, HAINES, Hartmut Stand Mai 1979
- HEITMANN, Joachim Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattsammlung, Hamburg, Stand 20.8.1979; zit: Bonner Kommentar, -Verfasser
- HERBIG, Rudolf Notizen aus der Sozial-, Wirtschafts- und Gewerkschaftsgeschichte vom 14. Jahrhundert bis zur Gegenwart - Schriftenreihe der Arbeitskammer Bremen -; Heilbronn, ohne Jahr
- HERSCHEL, Wilhelm Arbeitsrecht, Neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1976
- ders. Leistungsfähigkeit - eine Voraussetzung arbeitsrechtlicher Koalitionen; Arbeit und Recht, 1976, S. 225 ff
- ders. Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen; Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, Berlin, 1959
- ders. Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, Juristenzeitung, 1965, S. 81 f
- HERZOG, Roman Verfassungspolitische Probleme der Dienstrechtsreform; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 6, S. 161 ff, Baden-Baden, 1973; zit: Herzog, Studienkommission Anlageband 6, S. (StK, Ab 6, S.)
- HESSEL, Philipp Probleme des Streikrechts - Rechtsgutachten- ; Betriebsberater, 1951, S. 86 ff
- HOFFKNECHT, Adalbert-Christian Die leitenden Angestellten im Koalitions- und Arbeitskampfrecht, Berlin, 1975
- HOFFMANN, Reinhard Beamtentum und Streik; Archiv für öffentliches Recht; Band 91, 1966, S. 141 ff
- ders. Beamtenstreik und Verfassungsverständnis vom Sozialstaat; Kritische Justiz, 1971, S. 45 ff
- HONNACKER, Heinz GRIMM, Gottfried Geschäftsordnung der Bundesregierung, Kommentar, München 1969

- HUBER, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, 2. Auflage, Tübingen, 1954
- ders. Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV: Struktur und Krisen des Kaiserreiches; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969; zit: Huber II
- HUECK, Alfred Die Tariffähigkeit des Deutschen Bühnenvereins, Recht der Arbeit, 1956, S.45 ff
- ders. Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung; Festschrift für Heinrich Lehmann, Band 2, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956, S. 633 ff
- ders.
- NIPPERDEY, Hans Carl Grundriß des Arbeitsrechts; 5.Auflage, Berlin und Frankfurt, 1970; zit: Hueck-Nipperdey
- dies. Lehrbuch des Arbeitsrechts; 7.Auflage, 1. Band; Berlin und Frankfurt 1963; zit: Hueck-Nipperdey I
- dies. Lehrbuch des Arbeitsrechts; 7.Auflage, 2. Band, 1.Halbband, Berlin und Frankfurt, 1967; zit: Hueck-Nipperdey, II, 1
- dies. Lehrbuch des Arbeitsrechts; 7.Auflage, 2. Band, 2.Halbband, Berlin und Frankfurt, 1970; zit: Hueck-Nipperdey, II, 2
- HUECK, Alfred
- NIPPERDEY, Hans Carl
- TOPHOVEN, E
- STAHLHACHE, Eugen Tarifvertragsgesetz, Kommentar; 4. Auflage, München und Berlin, 1964
- HUECK, Goetz Betriebsübung; AR-Blattei, Betriebsübung I, I Übersicht
- ISENSEE, Josef Beamtenstreik; Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes; Bonn-Bad Godesberg, 1971; zit: Isensee, Beamtenstreik
- ders. Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag; Das arbeitsrechtliche Regelungsverfahren im öffentlichen Dienst; in Leisner, Walter: Das Berufsbeamtentum im Demokratischen Staat; Beiträge zum Dienstrecht und zur Dienstrechtsreform; Berlin, 1975
- KAISER, Joseph Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe, 1973; zit: Kaiser, Parität
- ders. Die Repräsentation organisierter Interessen; Berlin, 1956, zit: Kaiser, Repräsentation

- KASKEL, Walter
- DERSCH, Hermann Arbeitsrecht; 5. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- KEMPEN, Otto Ernst Unzeitgemäße Überlegungen zum Arbeitskampfrecht, Arbeit und Recht, 1979, S. 74 ff
- KERN, Günter Die Entwicklung des Koalitionsrechts im Deutschen Staatsrecht seit Beginn des 19. Jahrhunderts; Diss. Mainz, 1953
- KETTNER, Hans-Joachim Das Bundesverfassungsgericht zur Arbeitskampfbereitschaft der Koalitionen; Der Arbeitgeber, 1964, S. 256 ff
- KÜLBLE, Josef Grundprobleme einer Reform des öffentlichen Dienstes; Die öffentliche Verwaltung; 1970, S. 447 ff
- KOENEN, Karl-Ludwig Suspendierende Aussperrung und Kündigung statt auflösender Abwehraussperrung; Der Betriebsberater; 1968, S. 1082 ff
- KÜRBER, Klaus Lohnstop und Rationalisierung im öffentlichen Dienst; in: Jacobi, Otto; Müller-Jentsch, Walter; Schmidt, Eberhard; Gewerkschaften und Klassenkampf, S. 77-91, Kritisches Jahrbuch; Frankfurt, 1972
- KONZEN, Horst Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem; Archiv für civilistische Praxis, Bd. 177, 1977, S. 473 ff
- KOSCHNIK, Hans Für eine Reform des öffentlichen Dienstes - gegen die Privatisierung öffentlicher Aufgaben; in: Betriebspolitik - Informationen und Dokumente, Nr. 8/77 v. Oktober 1977
- KRAFT, Alfons Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmaßnahmen; Recht der Arbeit 1968, 286 ff
- ders. Anmerkung zu BAG SAE 1978, 37 ff; Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidung 1978, 43 ff
- ders. Probleme im Spannungsfeld zwischen Betriebsverfassungsrecht und Koalitionsfreiheit; Zeitschrift für Arbeitsrecht 1973, S. 243 ff
- KRÜGER, Klaus Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland; Frankfurt 1972

- KROPPESTEDT, Franz Stand der Diskussion der Reform des öffentlichen Dienstrechtes; Die öffentliche Verwaltung; 1974, S. 145 ff
- KRUEGER, Herbert Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung; Recht der Arbeit; 1957, S. 201 ff
- KOBLER, Friedrich
SCHMIDT, Walter
SIMITIS, Spiros Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe; Gemeinschaftsgutachten, Frankfurt 1978; zit: Frankfurter Gutachten
- KÜCHENHOFF, Günther Verbandsautonomie, Grundrechte und Staatsgewalt; Arbeit und Recht; 1963, S. 321 ff
- KUNZE, Otto Streikbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit; Betriebsberater, 1964, S. 1311 ff
- ders. Arbeitskampf und Kündigung; Arbeit und Recht; 1969, S. 289
- LEIBHOLZ, G.
RINK, H-J. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Loseblatt-Kommentar, 6. Auflage, Köln 1979
- LERCHE, Peter Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes; Rechtsgutachten; Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich, 1968
- LIEB, Manfred Rechtsnatur und Mängel der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages; Recht der Arbeit, 1957, S. 260
- ders. Schwerpunkte, Arbeitsrecht; Karlsruhe, 1975
- LIEDTKE, Karl Der Staat darf nicht zur Beute von Gruppeninteressen werden. Öffentliche Dienstleistungen sichern die Lebensqualität der Bürger; SPD-Pressedienst P/XXX I/98 v. 24.5.1976
- LÖWISCH, Manfred Anmerkung zu BAG SAE 1972, 229 ff; Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen; 1972, S. 231 ff
- ders. Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht; Recht der Arbeit, 1969, S. 129 ff
- ders. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit; Zeitschrift für Arbeitsrecht; 1970, S. 295 ff
- ders. Besteht ein Grund, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung zu ändern? Recht der Arbeit 1980, S. 1 ff

- MANGOLDT, Hermann von
- KLEIN, Friedrich Das Bonner Grundgesetz -Kommentar-;
Band I, 2.Auflage, Berlin und Frankfurt,
1957
- dies. Das Bonner Grundgesetz, Band II,
2.Auflage, Berlin und Frankfurt, 1966
- MATTHEY, Ferdinand Zur Rechtsangleichung bei Beamten und
Angestellten im öffentlichen Dienst;
Diss.; Hamburg, 1971
- MAUNZ, Theodor
DORIG, Günter
HERZOG, Roman
SCHOLZ, Rupert Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsamm-
lung, Band I, Lieferungen 1-17, München;
Stand August 1979
- dies. Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsamm-
lung; Lieferungen 1-17, Band II, München;
Stand August 1979
- dies. Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsamm-
lung, Band III, Lieferungen 1-17, München;
Stand August 1979
- MAUS, Wilhelm Tarifvertragsgesetz -Kommentar-;
Göttingen, 1956
- MAYER, Franz Verfassungsrechtliche Grenzen einer
Reform des öffentlichen Dienstrechtes;
Studienkommission für die Reform des
öffentlichen Dienstrechtes; Anlageband 5,
S.557-746; Baden-Baden 1973;
zit: Mayer, Studienkommission, Anlage-
band 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- MAYER-MALY, Theo Aussperrung und Parität; Der Betrieb,
1979, S. 95 ff
- ders. Sozialpartnerparität als Verfassungsgebot;
Gedächtnisschrift Hans Peters; Heraus-
gegeben von H. Conrad, H.Jahrreiß,
P. Mikat, H. Moster, H.C. Nipperdey,
J. Salzwedel; Berlin, Heidelberg,
New York; zit: Mayer-Maly, Festschrift
Peters, S.
- ders. Anmerkung zu BAG SAE 1964, 193 ff;
Sammlung arbeitsrechtlicher Entschei-
dungen 1964, 197 f
- ders. Anmerkung zu BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG
- ders. Der Verhandlungsanspruch tariffähiger
Verbände; Recht der Arbeit; 1966, S.201 ff

- MENGEL, Horst Die betriebliche Übung; München 1967
- MENZEL, Eberhard Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland; Die öffentliche Verwaltung; 1969, S.513 ff
- MISERA, Karlheinz Tariftmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel; Berlin, 1969
- MOLITOR, Bruno Die Illusion der Gleichheitsapostel; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.9.1977, S. 15
- ders. AR-Blattei, Tarifvertrag I, B, Anmerkung zu Entscheidung 1
- MÖLLER, Gerhard Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts; Recht der Arbeit; 1971, S.321 ff
- ders. Zur Tariffähigkeit der unter das Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen fallenden Unternehmen; Frankfurt, 1953, zit: Müller, Tariffähigkeit
- ders. Tarifvertrag und Mitbestimmung - Zum Verhältnis beider Ordnungsprinzipien zueinander; München, 1953; zit: Müller, Tarifvertrag
- ders. Die Freiheit von parteipolitischen und kirchlichen Bindungen als eine Voraussetzung für die Tariffähigkeit einer Koalition; Festschrift für Hans-Carl Nipperdey, Band II, München und Berlin 1965, S.435 ff; zit:Müller, Festschrift Nipperdey, S.
- MÖNCH, Ingo von Grundgesetz -Kommentar-; Band I, Frankfurt/Main, 1974; zit: v.Mönch - Bearbeiter
- ders. Grundgesetz -Kommentar-; Band II, München, 1976
- MÖNCH, Ingo von Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechtes; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 5, S. 71-170, Baden-Baden, 1973; zit: v.Mönch, Studienkommission, Anlageband 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- NAUJECK, Kurt Nicht nur Triumpfe; Rheinische Post, 24.4.1978, S. 2
- NEUHAUS, Rolf Wann sind die Koalitionen tariffähig ? Sozialer Fortschritt 1976, 246 ff

- NEUMANN-DUESBERG, Rüdiger, Anmerkung zu BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG
- NIKISCH, Arthur Arbeitsrecht; I.Band, 3.Auflage; Tübingen, 1961; zit: Nikisch, I.
- ders. Arbeitsrecht; II.Band, 2.Auflage; Tübingen, 1959; zit: Nikisch, II.
- ders. Anmerkung zu BVerfG SAE 64, 137
= E 18, 18 ff = AP Nr. 15 zu § 2 TVG;
Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, 1964, S. 141 ff
- NIPPERDEY, Hans Carl Das Erfordernis der Gegnerfreiheit bei Koalitionen, namentlich im öffentlichen Dienst; in: Festschrift für Phillip Möhring; München, Berlin, 1965, S. 87 ff
- NIPPERDEY, Hans Carl Die Tariffähigkeit und die Tarifizständigkeit; AR-Blattei, Tarifvertrag II, A, II Abschluß
- SACKER, Franz-Jürgen
- ÖFFENTLICHE DIENSTE, Einheitsliches Dienstrecht; Neuordnung des TRANSPORT und VERKEHR; Beamtenrechts, Reform des öffentlichen Dienstrechts, Einheitsliches Dienstrecht; Gewerkschaft Schriftenreihe des Deutschen Gewerkschaftsbundes; Düsseldorf, 1972; zit: ÖTV-Einheitsliches Dienstrecht, S.
- OTTO, Hansjörg Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst; 6.Auflage, Hamburg 1973
- PAECH, Norman Tarifaufonomie und staatliche Intervention - Ein Beitrag zum Problem der Zwangsschlichtung von Arbeitsstreitigkeiten - Diss. Hamburg, 1965
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch; -Kommentar-; 39. Auflage, München, 1980; zit: Palandt - Verfasser
- PETERS, Hans Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen - OSSENBOHL, Fritz Befugnissen auf die Sozialpartner unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitszeitschutzes; Berlin, Frankfurt, 1967
- PFARR, Heide Gewerkschaftszugehörigkeit und Aussperrung; Arbeit und Recht; 1977, S. 33 ff
- PFENNIG, Gerhard Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen; Schriften zum öffentlichen Recht; Band 4, Berlin, 1960

- PHILIPP, W. Was Demokratie ist, bestimmen wir; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.7.1977, S. 7
- PREIBLER, Egon Der Zwangsschiedsspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner verfassungsrechtlichen Zulässigkeit; Diss.; Köln, 1958
- PUKALL, Arthur Privatunternehmen statt Regiebetriebe; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31.8.1977, S. 11
- RAISER, Thomas Die Aussperrung nach dem Grundgesetz; Berlin, Gießen, 1975; zit: Raiser, Aussperrung.
- ders. Der Kampf um die Aussperrung; Zeitschrift für Rechtspolitik; 1978, S. 201 ff
- RAMM, Thilo Koalitionsfähigkeit und Tariffbegriff - BVerfGE 18,18; Juristische Schulung, 1966, S. 223 ff
- ders. Kollektive Änderungskündigung und Aussperrung; Betriebsberater 1964, 1174 ff
- RAT, PARLAMENTARISCHER Verhandlungen des Hauptausschusses; Bonn 1948/49
- RAUPACH, Hubert Die Schlichtung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten und ihre Probleme; Berlin, 1964
- REICHEL, Hans Die Tariffähigkeit in der neuesten Rechtsprechung; Recht der Arbeit; 1963, S. 300 ff
- ders. Rechtsfragen zur Tariffähigkeit; Recht der Arbeit, 1965, 9 ff
- ders. Rechtsfragen der Tariffähigkeit; Recht der Arbeit; 1972, S. 143 ff
- REUSS, Wilhelm Arbeitskampf im Bereich der öffentlichen Verwaltung; Deutsches Verwaltungsblatt, 1968, S. 57 ff
- ders. Die Bedeutung der "Mächtigkeit" von Verbänden im kollektiven Arbeitsrecht; Recht der Arbeit, 1972, S. 4 ff
- ders. Die Tariffähigkeit der Handwerksorganisationen; Arbeit und Recht, 1963, S.1 ff
- ders. Öffentliche Verwaltung durch Private; Deutsches Verwaltungsblatt, 1976, S.927 ff

- REUSS, Wilhelm Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, in: Müller, Gerhard: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band I; Berlin 1964, S.144-163; zit: Reuss, Arbeitsrecht.
- ders. Der Ärztestreik; Recht der Arbeit 1972, 321 ff
- ders. Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit; Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie; Festgabe Otto Kunze, Berlin 1969, 269 ff; zit:Reuß, Festschrift Kunze
- ders. Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifhoheit; Recht der Arbeit 1964, 362 ff
- ders. -JANTZ, Kurt Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit; Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Heft 10, Stuttgart, 1960
- RICHARDI, Reinhard Die Verhältnismäßigkeit von Streik und Aussperrung; Neue Juristische Wochenschrift 1978, 2057 ff
- RUDOLPH, Hermann Langwierige Einleitung eines Milliarden-Vergleichs; Frankfurter Allgemeine Zeitung, Beilage: Bilder und Zeiten, v. 8.2.1975
- RÜTHERS, Bernd Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht; Juristische Analysen, 1970, S.85 ff
- ders. Interessenverfälschung zu Lasten der Bürger; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.12.1974, S. 13
- ders. Tarifaufonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung; Konstanz, 1973; zit: Rüthers, Tarifaufonomie
- ders. Gewerkschaftsmacht gegen Staatsmacht? Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 23.2.1974, S. 9
- ders. Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks; Der Betrieb 1970, 2120 ff
- ders. Rechtsprobleme der Aussperrung; Berlin 1980 zit: Rüthers, Rechtsprobleme
- RUPP, Hans-Heinrich Gespaltener Beamtenstatus? Bemerkungen zu einem Reformprojekt; in:Walter Leisner, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat; Beiträge zum Dienstrecht und zur Dienstrechtsreform; Berlin, 1975, S.167-178

- SÄCKER, Franz-Jürgen Gruppenautonomie und Obermachtkontrolle im Arbeitsrecht; Berlin, 1972
- ders. Geschichtliche Entwicklung, Begriff und Rechtsstellung der Berufsverbände; AR-Blattei, Berufsverbände I
- SCHACHT, Konrad Das Tarifverhandlungssystem der Bundesrepublik; in: Meißner, Werner -
- UNTERSEHER, Lutz Unterseher, Lutz Verteilungskampf und Stabilitätspolitik; Bedingungen der Tarifauseinandersetzung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1972, S. 79 ff
- SCHAUB, Günter Arbeitsrechtshandbuch, 4. Auflage, München 1980
- SCHELP, Günther Parteifähigkeit der Verbände im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren (§ 10 ArbGG); Arbeit und Recht; 1954, S. 70
- SCHEUNER, Ulrich Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechtes im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971; Recht der Arbeit, 1971, S. 327 ff
- ders. Der Inhalt der Koalitionsfreiheit; Koalitionsfreiheit, 3 Rechtsgutachten von Weber, Scheuner, Dietz; Berlin, Frankfurt 1961, S. 29 ff
- SCHICK, Walter Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 5, S. 171-302, Baden-Baden, 1973; zit: Schick, Studienkommission, Anlageband 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- ders. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vor Gericht; Juristenzeitung 1967, 271 ff
- SCHIECKEL, H. Arbeitsförderungsgesetz, Kommentar, Bd. III, Stand Dezember 1979
- GRÖNER, H.
- SCHMIDT, Helmut Daseinsvorsorge für die Gesamtheit; Überlegungen zum öffentlichen Dienst; in: Evangelische Kommentare, Heft Mai 1976, S. 266-269
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Bonn-Neuwied 1977
- KLEIN, Franz
- SCHMIDT-RIMPLER, Walter Zum Vertragsproblem; in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen; Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen, 1974

- SCHMITT-GLASER, Walter Partizipation im öffentlichen Dienst; Die öffentliche Verwaltung; 1974, S. 152 ff
- SCHMÜLDERS, Günter Stoppt den Staat, er wird zu teuer; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14.1.1978, S. 15
- SCHNEIDER, Johann Deutsche Postgewerkschaft zwischen ständischer und gewerkschaftlicher Interessenvertretung; in: Jacobi, Otto -, Müller-Jentsch, Walter -, Schmidt, Eberhardt; Gewerkschaften und Klassenkampf; S. 91-104, Kritisches Jahrbuch, Frankfurt, 1972
- SCHNORR, Gerhard Der Begriff der "Gewerkschaft"; Recht der Arbeit, 1953, S. 377 ff
- ders. Der Koalitionsbegriff in der Montan-industrie; Recht der Arbeit; 1954, S. 166 ff
- ders. Öffentliches Vereinsrecht -Kommentar zum Vereinsgesetz; Köln, Berlin, Bonn, München, 1965
- ders. Die Auswirkungen des europäischen Arbeitsrechts auf die deutsche Arbeitsrechtsprechung; Recht der Arbeit 1961, 181 ff
- ders. Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht; Recht der Arbeit 1955, 3 ff
- SCHOLZ, Rupert Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem; München, 1971
- ders. Staatsaufgaben gehören in Beamtenhand; Thesen und Argumente zur Reform des öffentlichen Dienstrechts; 1974; zit: Scholz, Staatsaufgaben.
- ders. Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, Berlin, 1980
- KONZEN, Horst
- SCHORMANN, Dorothee Ober die Parität von Streik und Aussperrung; Diss.; Dortmund, 1968
- SEEL, Wolfgang Auf dem Weg zum Zweiklassenstaat; Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.3.1975, S. 11
- SEIDEL, Dietmar Beamtenstreik de lege ferenda; Deutsches Verwaltungsblatt, 1974, S. 141 ff
- SEIDEL, Richard Die Gewerkschaftsbewegung in Deutschland; Geschichte, Aufgaben, Leistungen; Köln, 1952

- SEITER, Hugo Streikrecht und Aussperrungsrecht;
Tübingen, 1975
zit: Seiter, Streikrecht
- ders. Die Rechtsgrundlagen der suspendierenden
Abwehraussperrung; Juristische Arbeits-
blätter 1979, 337 ff
- ders. Die Betriebsübung; Diss., Augsburg, 1967
zit: Seiter, Betriebsübung
- SIEDENTOPF, Heinrich Funktion und allgemeine Rechtsstellung
- Analyse der Funktionen des öffent-
lichen Dienstes; Studienkommission für
die Reform des öffentlichen Dienstrechts;
Anlageband 8, Baden-Baden, 1973;
zit: Siedentopf, StK, Ab 8, S.
- SOBOTTA, Joachim Anrühig; Rheinische Post v.12.4.1978, S.2
- SOELL, Hermann Verfassungsrechtliche Maßstäbe für eine
Reform des Besoldungsrechtes;
Die öffentliche Verwaltung, 1974, S.147 ff
- SÜLLNER, Alfred Arbeitsrecht; 6.Auflage, Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz, 1978
- ders. Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit als
typologische Merkmale der arbeitsrecht-
lichen Gewerkschaften; Arbeit und Recht,
1976, S. 321 ff
- ders. Zu den Rechtsfolgen der Aussperrung;
Der Betrieb; 1969, S. 838 ff
- SONTHEIMER, Kurt
- BLEEK, Wilhelm Verfassungsrechtliche Perspektiven einer
Reform des öffentlichen Dienstes in der
Bundesrepublik Deutschland; Studien-
kommission für die Reform des öffent-
lichen Dienstrechts, Anlageband 6,
S. 231-298, Baden-Baden, 1973;
zit: Sontheimer-Bleek, Studienkommission,
Anlageband 6, S. (StK, Ab 6, S.)
- SOZIALDEMOKRATISCHE
PARTEI
DEUTSCHLANDS Parteitag Hamburg, 15.-19. November 1977,
Bonn, 1977
- STAHLHACKE, Eugen Sozialpolitische Bedeutung als Voraus-
setzung der Tariffähigkeit;
Der Betrieb, 1964, S. 697 f
- STEIN, Paul-Jürgen Die rechtliche Beurteilung von Arbeits-
kämpfen in lebenswichtigen Betrieben;
Diss.; Münster, 1967
- STEINDORFF, Ernst Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe im Arbeits-
recht; Recht der Arbeit, 1965, S.253 ff

- STEINER, Udo Öffentliche Verwaltung durch Private; Reihe: Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht; Band 10, Hamburg, 1975
- STREECK, Wolfgang Das Dilemma der Organisation. Tarifverbände zwischen Interessenvertretung und Stabilitätspolitik; in: Meißner, Werner - Unterseher, Lutz : Verteilungskampf und Stabilitätspolitik; Bedingungen der Tarifaufeinandersetzung; S.130 ff, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1972
- STUDIENKOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ÖFFENTLICHEN DIENSTRECHTS Bericht der Kommission; Baden-Baden, 1973 zit: Studienkommission, Bericht, S. (StK, Bericht, S.)
- THIEME, Werner Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Gutachten zum 48.Deutschen Juristentag; München, 1970; zit: Thieme, Gutachten z.48. DJT
- ders. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 5, S. 303-440, Baden-Baden, 1973; zit: Thieme, Studienkommission, Anlageband 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- ULE, Hermann Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst; Deutsches Verwaltungsblatt, 1970, S. 637
- ders. Der Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Deutsches Verwaltungsblatt, 1970, S.442 ff
- ders. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts; Anlageband 5, S. 441-556; Baden-Baden, 1973; zit: Ule, Studienkommission, Anlageband 5, S. (StK, Ab 5, S.)
- UNTERSEHER, Lutz Tarifliche Schlichtung: ein ökonomisches Gerichtsverfahren? in: Werner Meißner, Lutz Unterseher: Verteilungskampf und Stabilitätspolitik; Bedingungen der Tarifaufeinandersetzung; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1972
- VETTER, Ernst Günter Keine Lohnpolitik der Kräftereierei; Frankfurter Allgemeine Zeitung v.6.1.1978, S. 1

- VETTER, Ernst Günter Langsam stirbt die Tarifaufonomie;
Frankfurter Allgemeine Zeitung v.
4.5.1977, S. 13
- ders. Wie vernünftig sind die Gewerkschaften?;
Frankfurter Allgemeine Zeitung v.
12.3.1977, S. 15
- ders. Wie ist die Tarifaufonomie zu retten?
Frankfurter Allgemeine Zeitung v.
1.6.1978, S. 11
- VIETINGHOFF-SCHEEL,
Eckhart Frh.von Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht in
Preußen während des 19.Jahrhunderts;
Diss.; Göttingen, 1972
- WACHENHEIM, Hedwig Die deutsche Arbeiterbewegung 1844 -1914;
Köln und Opladen, 1967
- WACKE, Gerhard Das Gesamt-Personalrecht des öffent-
lichen Dienstes; Die öffentliche Ver-
waltung, 1958, S. 278
- ders. Grundlagen des öffentlichen Dienstes;
Tübingen 1957, zit: Wacke, Grundlagen, S.
- ders. Zur Neugestaltung des Beamtenrechts;
Archiv des öffentlichen Rechts;
Band 76, S. 385 ff
- WEBER, Werner Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie
als Verfassungsproblem; Berlin, 1965;
zit: Weber, Koalitionsfreiheit
- ders. Die Sozialpartner in der Verfassungs-
ordnung; Göttinger Festschrift für das
Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961
zit: Weber, Festschrift Celle, S.
- WEITBRECHT, Hansjörg Wirkung und Verfahren der Tarifaufonomie;
Ein soziologischer Vergleich zum Konflikt
der Tarifpartner in Wirtschaft und
öffentlichem Dienst; Studienkommission
für die Reform des öffentlichen Dienst-
rechts; Band 11, Baden-Baden, 1973
zit: Weitbrecht, Studienkommission,
Anlageband 11, S. (StK, Ab 11 S.)
- WELLER, Bernhard Massenänderungskündigung und Kampfparität;
Arbeit und Recht 1967, S. 76 ff
- WERTENBRUCH, o.V. Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlich-
erklärung; Recht der Arbeit, 1959, S.67 f
- WIEDEMANN, Herbert
- STUMPF, Hermann Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5.Auflage;
München, 1977

- WIESE, Walter Zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes;
Deutsches Verwaltungsblatt, 1970,
S. 644 ff
- WITTKAMPER, Gerhard Grundgesetz und Interessenverbände;
Die verfassungsrechtliche Stellung der
Interessenverbände nach dem Grundgesetz;
Köln, Opladen, 1963
- WOHLGEMUTH, Hermann Aussperrung und Grundgesetz;
Betriebsberater 1979, S.111 ff und 635
- WOLF, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit
und vertraglicher Interessenausgleich;
Tübingen, 1970
- ders. Tarifaufonomie, Kampfparität und gerechte
Tarifgestaltung; Zeitschrift für Arbeits-
recht 1971, S. 151 ff
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht III; Ordnungs-Leistungs-
und Verwaltungsverfahrenrecht; 4.Auflage,
München, 1978, zit: Wolff III
- WOLTER, Henner Aussperrung, Parität und Verhältnis-
mäßigkeit; Arbeit und Recht 1979, 193 ff
- ZACHERT, Ulrich Aussperrungsprobleme und ihre juristische
Bewältigung; Arbeit und Recht 1980, S.43ff
- ZACHERT, Ulrich
- METZKE, Maria
- HAMER, Wolfgang Die Aussperrung. Zur rechtlichen Zulässig-
keit und praktischen Durchsetzungsmög-
lichkeit eines Aussperrungsverbotes;
Köln, 1978
- ZEUNER, Albrecht Arbeitskampf und Arbeitsvertrag;
Juristenzeitung, 1962, S. 425 ff
- ders. Die Fluglotsenentscheidung des BGH und
das allgemeine Arbeitskampfrecht;
Juristenzeitung 1979, S. 6 ff
- ZÖLLNER, Wolfgang Arbeitsrecht; 2.Auflage,München 1979
- ders. Aussperrung und arbeitskampfrechtliche
Parität; Düsseldorf, 1974;
zit: Zöllner, Parität
- ders. Die Einwirkung der erweiterten Mitbe-
stimmung auf das Arbeitsrecht;
Recht der Arbeit, 1969, S. 65 ff
- ders. Tarifvertragliche Differenzierungs-
klauseln; Düsseldorf, 1967;
zit: Zöllner, Differenzierungsklauseln.

- ZÜLLNER, Wolfgang Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich;
Recht der Arbeit 1969, 250 ff
- ders. Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht; Wien 1966;
zit: Zöllner, Rechtsnatur
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 3 GG;
Archiv für öffentliches Recht,
Bd. 98, 1973, S. 71 ff
- ders. -SEITER, Hugo Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz; Köln, Berlin, Bonn, München, 1970

Zitierweise

Soweit ein Werk eines Autors berücksichtigt wurde, wurden nur der Autor und die Seitenzahl angegeben. Wurden mehrere Werke eines Autors zitiert, so befinden sich im Literaturverzeichnis an der entsprechenden Stelle genaue Zitierhinweise. Titel wurden nur insoweit zitiert, als es zur Klarheit, Überschaubarkeit und zum Verständnis notwendig und sinnvoll war.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Ab	Anlageband
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
ÄÖR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbG, Der	Der Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei, Loseblattsammlung
Art.	Artikel
ÄÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
Az.	Aktenzeichen
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater
BBahnG	Bundesbahngesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMinG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich-Demokratische Union
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	Der Betrieb
DBB	Deutscher Beamtenbund
DBundesB	Der Bundesbeamte
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPG	Deutsche Postgewerkschaft
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung (Amtliche Sammlung des betreffenden Gerichts)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
etc.	et cetera
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht

FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei Deutschlands
FeiertagslohnfortzG	Feiertagslohnfortzahlungsgesetz
ff.	fortfolgende
Fn	Fußnote
GemO	Gemeindeordnung
GeschOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GeschOBT	Geschäftsordnung des Bundestages
GG	Grundgesetz
ggfs	gegebenenfalls
g.h.M.	ganz herrschende Meinung
GS	Großer Senat
GVB1	Gesetz- und Verordnungsblatt
HandwO	Handwerksordnung
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
H.M.	Herrschende Meinung
i.e.	it est
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LFortzG	Lohnfortzahlungsgesetz
LG	Landgericht
Lit	Literatur
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MitbG	Mitbestimmungsgesetz
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NDBZ	Nationale Deutsche Beamtenzeitung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZfA	Nationale Zeitschrift für Arbeit

ÖD	Öffentlicher Dienst
ÖTV	Gewerkschaft öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
PR	Parlamentarischer Rat
PVerwG	Postverwaltungsgesetz
RABl	Reichsarbeitsblatt
RdA	Recht der Arbeit
Rdn	Randnummer
RGBl	Reichsgesetzblatt
RM	Reichsmark
R'spr	Rechtsprechung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StK	Studienkommission
TdL	Tarifgemeinschaft deutscher Länder
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVO	Tarifverordnung
ua.	und andere
u. a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VermbG	Vermögensbildungsgesetz
vgl.	vergleiche
VKA	Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände
VO	Verordnung
WiWo	Wirtschaftswoche
zahlr.	zahlreiche
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung

I. Problemstellung

Tarifverträge für die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes werden seit Ende des 1. Weltkrieges geschlossen ¹. Eine Ausnahme bestand nur für die Zeit zwischen 1933 und 1945, in der durch das "Gesetz über Treuhänder der Arbeit" ², ergänzt durch das "Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" ³, die behördliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen an die Stelle von Tarifverträgen trat und speziell für den Bereich des öffentlichen Dienstes durch das "Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben" ⁴ und das "Gesetz über die ergänzende Regelung der Dienstverhältnisse bei öffentlichen Verwaltungen und Betrieben" ⁵ vorge-
sehen war. Nach Ende des 2. Weltkrieges wurde durch die Kontrollratsdirektive Nr. 14 ⁶ die Tätigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden wieder erlaubt ⁷; auch wurden die Rechtsquellen, die den Abschluß von Tarifverträgen für den Bereich des öffentlichen Dienstes unterbunden hatten, aufgehoben ⁸.

- 1) Studienkommission, Bericht, S. 38 f mit Hinweis auf den Tarifvertrag für das Deutsche Reich von 1920 und den Reichsangestelltentarifvertrag von 1924.
- 2) Vom 19.5.1933, RGBl. 1933, Teil 1, S. 285
- 3) Vom 20.1.1934, RGBl. 1934, Teil 1, S. 45
- 4) Vom 23.3.1934, RGBl. 1934, Teil 1, S. 220
- 5) Vom 17.2.1938, RGBl. 1938, Teil 1, S. 206
- 6) Vom 12.10.1945, Gesetze der Militärregierung, Bd. II, G 14
- 7) Zahlreiche Gesetze gingen in der Folge von der Anerkennung des Tarifvertragsrechts aus; vgl. die Nachw. bei Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 220
- 8) Kontrollratsgesetz Nr. 56 v. 30.6.1947; Gesetze der Militärregierung, Bd. I, C 56

Seither -unter der Geltung des Tarifvertragsgesetzes vom 9.4.1949⁹- werden die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes wieder durch Tarifverträge geregelt¹⁰; Vertragspartner sind der Bund, die in der Tarifgemeinschaft deutscher Länder vereinigten Länder und die in der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände vertretenen Kommunen und die Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts auf Arbeitgeberseite sowie die Gewerkschaften öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV), Deutsche Angestelltengewerkschaft (DAG), Deutsche Postgewerkschaft (DPG) und Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands (GED)¹¹.

Diese langjährige Praxis hat Tarifverträge für die bei Bund, Ländern, Gemeinden sowie den zur Selbstverwaltung berufenen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts beschäftigten Arbeiter und Angestellten zur Selbstverständlichkeit werden lassen. Sinnfälligen Ausdruck hat dies in der Vorschrift des § 191 BBG gefunden, der besagt, daß die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer des Bundes durch Tarifvertrag geregelt werden. Nur sporadisch wurden Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen in diesem Bereich geäußert¹². Auch die auf Ersuchen des

- 9) Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1949, Nr. 11, S. 55; in der Fassung v. 25.8.1969, BGBl. 1969, Teil 1, S. 1323.
- 10) Z.B. durch den Bundesangestelltentarifvertrag v. 1.4.1961 (BAT); den Manteltarifvertrag für die Arbeiter des Bundes (MTB) und den Manteltarifvertrag für die Arbeiter der Länder (MTL)
- 11) Die Aufzählung der vertragsbeteiligten Gewerkschaften kann keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, denn es ist möglich, daß im ÖD beschäftigte AN auch anderen Gewerkschaften angehören. Aufgezählt sind vorliegend die Gewerkschaften, denen im Bereich des ÖD Bedeutung zukommt.
- 12) So beispielsweise seitens des damaligen Bundesinnenministers Genscher 1972 nach Abschluß der Tarifverhandlungen vor dem Deutschen Beamtenbund; vgl. Körber, S. 79

Bundestages¹³ im Jahre 1970 konstituierte "Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts" stellte die Zulässigkeit von Tarifverträgen de lege lata nicht in Frage¹⁴.

Allerdings sind in jüngster Zeit -vor allem im Rahmen der Diskussion um die Reform des öffentlichen Dienstes- Bedenken gegen die Zulässigkeit von Tarifverträgen als Regelungsinstrument im öffentlichen Dienst geltend gemacht worden¹⁵. Auch ist in verstärktem Maße die faktische Eignung solcher Tarifverträge als Mittel zur Ordnung des Arbeitslebens angezweifelt worden¹⁶. Den Ausgangspunkt der Kritik bildeten u.a. die Auseinandersetzungen um den Abschluß eines neuen Tarifvertrages für die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes im Frühjahr 1974, die in einem mehrtägigen Streik der Arbeitnehmer gipfelten und einige Bereiche der öffentlichen Verwaltung -insbesondere Versorgungseinrichtungen- paralyisierten¹⁷. Neben der Diskussion um die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen wurden in erster Linie die nach Ansicht einiger Autoren¹⁸ häufig auftretende Personalunion zwischen Arbeitgebervertretern und Gewerkschaftsmitgliedern sowie ein fehlendes Kräftegleichgewicht der Tarifpartner¹⁹ bemängelt.

13) Beschluß v.27.2.1970; vgl. Studienkommission,Bericht, S.1

14) Vgl. den Bericht der Studienkommission S.49 ff; de lege ferenda wurde von der Mehrheit der Kommission eine gesetzliche Regelung der Beschäftigtenverhältnisse gefordert; Bericht S. 342 ff

15) So insbesondere Isensee,S.30 ff; vgl. auch Rupp,S.175 ff; Otto, S.105; Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S.13

16) Vgl. nur Vetter, FAZ v.4.5.1977, S.13 f; ders. FAZ v.12.3.1977, S.15; Beckert, FAZ v.12.2.1975, S. 6; Sobotta, Rheinische Post v. 12.4.1978, S.2

17) Rüthers a.a.O. spricht in diesem Zusammenhang davon,daß die Grenzen der bisherigen Tarifpraxis erreicht seien.

18) So insbesondere Schneider, S.95; Isensee, S.34; Rupp, S. 175 f; Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S.13

19) Isensee, S. 34; Rupp, S. 175 f

Trotz dieses, auch in der Tagespresse ²⁰ festzustellenden zunehmenden Unbehagens über die Art und Weise des Zustandekommens und den Inhalt der für den öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge fehlt es bislang an einer Untersuchung darüber, ob die Normen des Tarifvertragsgesetzes ohne weiteres auf die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer anwendbar sind und ob diese Rechtsverhältnisse überhaupt durch Tarifverträge geregelt werden dürfen ²¹. Der Grund hierfür liegt darin, daß sich weder die vorwiegend privatwirtschaftlich orientierte Arbeitsrechtsdoktrin noch die Verwaltungsrechtslehre für eine derartige Untersuchung kompetent fühlt ²², so daß diese Rechtsmaterie -wie Isensee ²³ es ausdrückt- "eine Art Niemandsland" darstellt.

- 20) Vgl. z.B. Beckert, FAZ v. 12.2.1975, S. 6; Gillies, Die Welt v. 11.8.1978, S.6; Naujeck, Rheinische Post v. 24.4.1978, S.2; Rudolph, FAZ v. 8.2.1975, Beilage "Bilder und Zeiten"; Rüthers a.a.O; Sobotta, Rheinische Post v. 12.4.1978, S.2; Seel, FAZ v. 27.3.1975, S. 11; Vetter, FAZ v. 4.5.1977, S. 13; ders. FAZ v. 12.3.1977, S. 15; sowie die Beiträge in FAZ v. 3.3.1977, S. 11: "Ein Skandal"; FAZ v. 25.2.1977, S. 13: "Kuriose Warnstreiks"; FAZ v. 21.12.1977, S.1: "Nichts dazugelernt"; FAZ v. 2.1.1978, S.9: "Schwierig für Kluncker"; FAZ v. 13.4.1978, S.1: "Zur Not erträglich"; dazu allg. auch Philipp, FAZ v. 21.7.1977, S.7; Molitor, FAZ v. 24.9.1977, S.15; Vetter, FAZ v. 1.6.1978, S. 11
- 21) Das BAG geht in E 1,63, 65 und E 14, 282, 284 wie selbstverständlich von der Tariffähigkeit der Tarifpartner und der Zulässigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst aus. Ähnlich z.B. BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB (Gratifikation), AP Nr. 7 zu Art. 3 GG
- 22) Isensee, S. 25
- 23) Isensee, S. 25

II. Gang der Untersuchung

Der dargelegten Problematik entsprechend ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit die Untersuchung der Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst. Der erste Teil der Arbeit soll zunächst der Überprüfung der Vereinbarkeit dieser Tarifverträge mit Art. 33 Abs. 5 GG dienen und sich dann dem zentralen Problem der Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes zuwenden. Hierbei bedarf zunächst die Streitfrage, welche Anforderungen an die Tariffähigkeit zu stellen sind, der Klärung. Daran anschließend ist zu untersuchen, ob die Vertragspartner diese Voraussetzungen erfüllen, wobei sich die Untersuchung schwerpunktmäßig mit den Problembereichen der Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten, außerhalb der Sphäre der Tarifvertragsparteien stehenden Mächten, der Gegnerfreiheit der Vertragsparteien sowie der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im öffentlichen Dienst befaßt und die sich aus der Klärung dieser Probleme ergebenden Auswirkungen auf die Tariffähigkeit der Vertragsparteien darlegen will.

Im zweiten Teil der Arbeit sollen die rechtlichen Konsequenzen untersucht werden, die sich aus der Beantwortung der gestellten Fragen ergeben.

B.

Erster Teil: Die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen
im öffentlichen Dienst

Erstes Kapitel: Die Voraussetzungen der Rechts-
wirksamkeit von Tarifverträgen

I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen im allgemeinen

Zum Abschluß eines Tarifvertrages als eines Regelungs-
werkes, das nicht nur schuldrechtliche Pflichten der
vertragsschließenden Parteien, sondern bezüglich der
Einzelarbeitsverhältnisse zwischen den tarifgebundenen
Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie hinsichtlich
betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher
Fragen auch Rechtsnormen enthalten kann, ist nicht
jedermann legitimiert; auch ist der Inhalt eines
Tarifvertrages nicht unbegrenzt in das Ermessen der
Vertragspartner gestellt.

Zum einen sind Tarifverträge nur wirksam, sofern sie
nicht gegen zwingende, nicht tarifvertragsdispositive
gesetzliche Bestimmungen verstoßen ¹ und nicht
sittenwidrig sind ².

Zum anderen limitiert § 1 Abs.1 TVG die mögliche
Regelungsmaterie auf die Fragen der Rechte und
Pflichten der Tarifvertragsparteien, des Inhalts,
Abschlusses und der Beendigung von Arbeitsverhält-
nissen sowie auf betriebliche und betriebsverfassungs-
rechtliche Fragen. § 4 Abs. 2 TVG läßt außerdem
Vereinbarungen über gemeinsame Einrichtungen der

1) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 244 i.V.m. S. 54 f

2) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 244

Tarifvertragsparteien zu ³. Überdies haben die Tarifpartner eine Annex-Kompetenz hinsichtlich derjenigen Fragen, die mit der in den §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 2 TVG festgelegten Regelungsmaterie in Sachzusammenhang stehen ⁴.

Schließlich müssen die Vertragsparteien zum Abschluß von Tarifverträgen legitimiert sein, d. h. sie müssen die Fähigkeit besitzen, Partner eines Tarifvertrages sein zu können (Tariffähigkeit); in § 2 Abs. 1 TVG sind mit den Gewerkschaften, den Einzelarbeitgebern und den Arbeitgebervereinigungen die möglichen Tarifvertragsparteien enumerativ erfaßt ⁵.

- 3) Es ist umstritten, ob der Umfang der Regelungsbefugnis in erster Linie aus Art. 9 Abs. 3 GG oder aus den §§ 1, 4 TVG herzuleiten ist. Für Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere Weber, Koalitionsfreiheit, S. 24 ff; für §§ 1, 4 TVG u.a. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1, Rdn. 158; Peters-Ossenbühl, S. 14, 15; Zöllner, Differenzierungsklauseln, S. 35. Dieser Streit kann jedoch auf sich beruhen, da jedenfalls die §§ 1, 4 TVG den Art. 9 Abs. 3 GG konkretisieren und ihrerseits durch Heranziehung der in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltenen Generalklausel der "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" auszulegen sind; so auch Misera, S. 20 ff (22); Wiedemann-Stumpf, Einl. Rdn. 159
- 4) Wiedemann-Stumpf, Einl. Rdn. 160; Misera, S. 44. Dies folgt aus der Wechselbeziehung von §§ 1, 4 TVG einerseits und Art. 9 Abs. 3 GG andererseits.
- 5) Der Gesetzgeber kann nach g.h.M. auch anderen Organisationen oder Zusammenschlüssen neben den in § 2 TVG genannten Berufsverbänden die Fähigkeit verleihen, Tarifpartner zu sein: vgl. BVerfGE 20, 312 ff; BAG AP Nr. 2, 3, 29 zu § 2 TVG; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 17; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 248; a.A. Reuss, AuR 1963, S. 1 (5). Dies ist hinsichtlich der Innungen und Innungsverbände in §§ 54 Abs. 3 Nr. 1; 82 Nr. 3 und 85 Handw.O geschehen.

II. Die Berücksichtigung von Besonderheiten des öffentlichen Dienstes

Die vorgenannten Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen sind im folgenden als Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst heranzuziehen. Dabei läßt sich die Frage, ob die Tarifvertragsparteien die ihnen durch § 1 Abs. 1 TVG gesteckten Grenzen der Regelungsbefugnis beachten, ohne weiteres dahin beantworten, daß sich der Regelungsgehalt der für den öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge in den Grenzen des § 1 Abs. 1 TVG bewegt ⁶.

Sollte im Einzelfall eine tarifvertragliche Vereinbarung diese Grenzen überschreiten und damit unwirksam sein, so führt dies nicht gemäß § 139 1.Halbsatz BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Tarifvertrages, da aufgrund des das Arbeitsrecht beherrschenden Gedankens des Arbeitnehmerschutzes hier der Vermutung des § 139 2.Halbsatz BGB entscheidende Bedeutung zukommt ⁷, wonach im Zweifel anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne die unwirksame Bestimmung geschlossen sein würde.

Insoweit ist kein Anhaltspunkt für die Unwirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst zu konstatieren, so daß sich die Untersuchung auf die Erörterung der Problembereiche der

- Gesetzeskonformität der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und der

- Tariffähigkeit der Vertragsparteien

konzentrieren kann.

6) Vereinbarungen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen können gemäß § 130 BetrVG in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes keinen Platz haben. Das Personalvertretungsrecht darf gemäß § 3 BPersVG durch Tarifverträge nicht vom Personalvertretungsgesetz abweichend geregelt werden.

7) Allg. Meinung; für viele Zöllner, Arbeitsrecht, S. 245

Die Untersuchung muß dabei dem Umstand Beachtung schenken, daß sich das Tarifvertragsrecht im privatwirtschaftlichen Bereich entwickelt hat ⁸. Seine Übernahme in den öffentlichen Dienst zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der dort beschäftigten Arbeitnehmer fand erst statt, nachdem der Tarifvertrag zum festen Bestandteil des privaten kollektiven Arbeitsrechts geworden war ⁹. Es kann jedoch nicht unreflektiert von der Übertragbarkeit der einzelnen Wirksamkeitserfordernisse des privatwirtschaftlichen Tarifvertrages auf Tarifverträge im öffentlichen Dienst ausgegangen werden; vielmehr bedarf diese Frage aufgrund der mannigfaltigen Besonderheiten des öffentlichen Dienstes, insbesondere der Doppelfunktion von Bund, Ländern und Gemeinden als öffentlichen Arbeitgebern und Hoheitsträgern, des Monopolcharakters der staatlichen Verwaltung und der Abhängigkeit der Bürger von staatlicher Leistungsfähigkeit, im Rahmen der Erörterung der an die Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen zu stellenden Anforderungen der gesonderten Prüfung. Allerdings muß im Rahmen dieser Prüfung grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß die notwendigen und unabdingbaren Voraussetzungen einer funktionsfähigen Tarifautonomie auch unter Berücksichtigung besonderer Sachverhalte im öffentlichen Dienst nicht hinfällig werden, solange sie nicht durch andere Regelungsmechanismen innerhalb des öffentlichen Dienstes substituiert werden können.

8) Isensee, S. 26

9) Der erste Tarifvertrag wurde 1873 im Buchdruckergewerbe abgeschlossen, vgl. Herbig, S. 60. Im Jahre 1907 gab es 5324 Tarifverträge für 111000 Betriebe mit 975000 Arbeitnehmern; 1914 betrug die Zahl der Tarifverträge 13000 für 200000 Betriebe mit 2 Millionen Arbeitnehmern; Huber, II, S. 1254; Seidel, Gewerkschaftsbewegung in Deutschland, S. 38; Wachenheim, S. 397

Diese Überlegung rechtfertigt es, zur Prüfung der Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst die für den privatwirtschaftlichen Bereich geltenden Wirksamkeitserfordernisse als Ausgangspunkt der Untersuchung heranzuziehen.

Im Hinblick auf den erstgenannten Untersuchungskomplex der Gesetzeskonformität von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst resultiert die spezifische Problematik aus der Vorschrift des Art. 33 Abs.5 GG, derzufolge das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln ist. Es stellt sich die Frage, ob das Grundgesetz mit dieser Norm eine verbindliche Aussage über die Regelung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer getroffen hat.

Zweites Kapitel: Die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst im Lichte des Art. 33 Abs. 5 GG

I. Problemstellung

Es gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, die Rechtsverhältnisse der Beamten durch Gesetz ¹⁰ zu regeln ¹¹. Unter der Prämisse, daß das zum normativen Inhalt des Art. 33 Abs. 5 GG gewordene "Recht des öffentlichen Dienstes" alle dort Beschäftigten, also Beamte, Angestellte und Arbeiter erfaßt, würde dies bedeuten, daß auch die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer durch Gesetz geregelt werden müßten; Tarifverträge wären in diesem Falle wegen Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 5 GG verfassungswidrig und damit nichtig. Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG ist jedoch seit Bestehen der Vorschrift lebhaft umstritten.

10) Z.B. durch das Bundesbeamtengesetz v. 14.7.1953 - BGBl. 1953, Teil 1 S. 551 in der Fassung vom 3.1.1977 - BGBl. 1977, Teil 1, S. 1; Beamtenrechtsrahmengesetz v. 1.7.1957 - BGBl. 1957, Teil 1, S. 667 in der Fassung v. 3.1.1977, BGBl. 1977, Teil 1, S. 21; Besoldungsvereinheitlichungs- und Neuregelungsgesetz v. 23.5.1975 - BGBl. 1975, Teil 1, S. 1173; Beamtenversorgungsgesetz v. 24.8.1976 - BGBl. 1976, Teil 1, S. 2485; Bundesdisziplinarordnung v. 28.11.1952 - BGBl. 1952, Teil 1, S. 749 ff, 761 ff; in der Fassung v. 20.7.1967 - BGBl. 1967, Teil 1; S. 751; und die entsprechenden landesrechtlichen Beamtengesetze.

11) Darüber besteht Einigkeit; vgl. für viele Studienkommission, Bericht S. 120

II. Die in der Literatur vertretenen Meinungen

Die Ansicht, Art. 33 Abs.5 GG umfasse auch das Recht der Arbeiter und Angestellten, wird insbesondere von WACKE¹² und THIEME¹³ vertreten. Schon der klare Wortlaut des Art. 33 Abs.5 GG lasse eine andere Deutung nicht zu¹⁴. Dort sei von dem Recht des öffentlichen Dienstes die Rede, während Art. 33 Abs.4 GG speziell das Berufsbeamtentum institutionalisiere. Diese Unterscheidung verdeutliche, daß Art. 33 Abs.5 GG nicht auf Beamte beschränkt bleiben sollte¹⁵.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates habe hervorgehoben, daß nicht nur Beamte, sondern auch Angestellte in einem Treueverhältnis zum Staate stünden, und verschiedentlich auch Fassungsvorschläge für Art. 33 Abs. 5 GG eingebracht, die die Angestellten in den Wortlaut miteinbezogen hätten¹⁶.

Schließlich aber sei die Anwendung des Art. 33 Abs.5 GG auf das Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes schon deshalb zwingend geboten, weil sich ihre Rechtsstellung und die Rechtsstellung der Beamten so angenähert hätten, daß eine Abgrenzung

- 12) Grundlagen, S.27 ff; ebenso Gerber, DVBl. 1951, S.489,494; vgl. auch die Nachweise bei Ule, StK, Ab 5, S.461, Fußnote 51, auf: Mestern, Neues Beamtentum 1951, S. 27 ff; 37 ff; Schlochauer, Öffentliches Recht, S. 100; P. Klein, Der Behördenangestellte, 1965, Nr. 6, S.1
- 13) StK, Ab 5, S.355-361. Bemerkenswert an THIEME's Ausführungen ist, daß er zwar das Recht der Angestellten und Arbeiter dem Art.33 Abs.5 GG unterordnet, dann aber feststellt, daß es den Tarifparteien obliege, für die Einhaltung der Grundsätze des Art.33 Abs.5 GG zu sorgen(S.357)
- 14) WACKE, Grundlagen, S. 27 f
- 15) THIEME, StK, Ab 5, S. 356
- 16) WACKE, Grundlagen, S. 29

des Rechts der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes vom Arbeitsrecht und eine Verdeutlichung der grundlegenden Zusammenhänge mit dem Beamtenrecht geboten sei. Diese Abgrenzung nimmt WACKE ¹⁷ dahingehend vor, daß er Art. 33 Abs. 5 GG insoweit auf die Arbeitnehmer angewandt wissen will, als ihre Rechtsstellung dies erfordert. Dies sei hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten, also ihrer rechtlichen Stellung zum Dienstherrn der Fall. Dagegen verbleibe für Tarifverträge dort Raum, wo nicht die spezifisch hoheitliche Funktion in Rede stehe, nämlich bei den materiellen Arbeitsbedingungen.

Nach anderer Ansicht ¹⁸ umfaßt Art. 33 Abs. 5 GG zwar auch das Recht der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes; diese Vorschrift sei insoweit aber nicht zwingender Natur, sondern belasse dem Gesetzgeber einen breiten Spielraum, innerhalb dessen es seiner Entscheidung obliege, wie er die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes regelt, solange er die vollzogene Annäherung an das Beamtenrecht nicht rückgängig mache ¹⁹. Art. 33 Abs. 5 GG müsse aber zwingend auf die Rechtsverhältnisse solcher Arbeitnehmer Anwendung finden, für die aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs Art. 33 Abs. 4 GG im Regelfall die Übernahme in das Beamtenverhältnis vorsehe ²⁰.

17) Grundlagen, S. 45 f

18) GERTH, DÖD 1955, S. 21 f; GREWE, Gutachten z. 39. DJT, S. D 11 ff; so wohl auch ISENSEE, S. 37 ff; WIESE, DVB1. 1970, S. 644, 651

19) GREWE, Gutachten z. 39. DJT, S. D 12

20) GERTH, DÖD 1955, S. 21 f

Die ganz überwiegende Meinung negiert die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 5 GG auf Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes²¹. Dieser Ansicht zufolge bezieht sich der Absatz 5 des Art. 33 GG auf Abs. 4, dessen persönlicher Geltungsbereich nur die "in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis", also im Beamtenverhältnis stehenden Personen erfasse²². Der Gesetzgeber habe in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ausschließlich das Berufsbeamtentum institutionalisieren wollen²³. Die Entstehungsgeschichte sei für die Auslegung der Vorschrift wenig ergiebig; sie zeige jedoch, daß sich der Parlamentarische Rat mit der Rechtsstellung der Beamten, nicht aber mit dem Recht der sonstigen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes befaßt habe²⁴.

Darüber hinaus verlange diese Norm nur eine "Berücksichtigung" der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums; daraus folge, daß der Gesetzgeber nicht gezwungen sei, beamtenrechtliche Grundsätze auf die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes anzuwenden²⁵. Um der Verfassung darüber hinaus eine verbindliche Aussage über die Rechtsstellung der öffentlichen Arbeitnehmer entnehmen zu können, seien differenziertere Aussagen zu deren Status erforderlich²⁶. Immerhin hätte eine verfassungsverbindliche Angleichung des Rechts der Arbeitnehmer an das der Beamten revolutionierende Wirkung im Hinblick auf die bisherige Rechtsstellung

21) ULE, DVBl 1970, S. 637; ders. StK, Ab 5, S. 461 ff; Forsthoff, StK, Ab 5, S. 55; v. Münch., StK, Ab 5, S. 117 ff; ders. Art. 33 Rdn. 37; Schick, StK, Ab 5, S. 186 ff; Mayer, StK, Ab 5, S. 588 ff; Däubler, Streikrecht, S. 96; Bochallii, NJW 1958, S. 174 f; Maunz-Dürig-Maunz, Art. 33, Rdn. 48; v. Mangoldt-Klein, Art. 33 VII, 1; Hamann-Lenz, Art. 33 B 5; Jess, Bonner Kommentar, Art. 33 II, 5; Fischbach, DÖV 1951, S. 453, 455; DVBl 1951, S. 524

22) v. Münch., StK, Ab 5, S. 118; Mayer, StK, Ab 5, S. 590 f

23) Bonner Kommentar, Art. 33, II, 5, 6

24) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 55

25) Däubler, Streikrecht, S. 96

26) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 55

der Angestellten und Arbeiter; diesbezüglich wäre aber ein deutlicher Hinweis von Seiten des Parlamentarischen Rates notwendig gewesen, um der Vorschrift des Art. 33 Abs. 5 GG eine solche Rechtsfolge entnehmen zu können²⁷. Diese Frage habe jedoch für den Parlamentarischen Rat nicht zur Debatte gestanden²⁸. Auch die Verfassung, die an verschiedenen Stellen zwischen Beamten und Arbeitnehmern differenziere²⁹, habe hierüber nicht direkt entschieden³⁰. Sie gehe in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG von einer Trennung der beiden Beschäftigtentypen aus, lasse aber Mischformen zu, solange die Institution des Berufsbeamtentums gesichert bleibe³¹. Außerdem sei dem Parlamentarischen Rat, wie die Protokolle der Ausschuß-Sitzungen ergäben, durchaus bekannt gewesen, daß ein eigenständiges Arbeitnehmerrecht im öffentlichen Dienst entstanden sei; dies habe das Gremium positiv gewertet³².

Das Argument der faktischen Angleichung der verschiedenen Statusrechte lasse eine Bindungswirkung des Art. 33 Abs. 5 GG für die Arbeitnehmer nicht eintreten. Die Angleichung vollziehe sich neben der Verfassung, also beiläufig, ohne von der Verfassung selbst vorweggenommen worden zu sein³³. So komme es zunehmend zu einem Spannungsverhältnis zwischen beiden Beschäftigtentypen; dies lasse sich aber nicht *de lege lata*, sondern nur *de lege ferenda* lösen³⁴.

Schließlich werde die Richtigkeit der herrschenden Meinung durch § 191 BBG bestätigt, der den Abschluß von Tarifverträgen für Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes ausdrücklich vorsehe³⁵.

27) Vgl. Ule, StK, Ab 5, S. 463/464

28) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 64

29) Dazu Ule, StK, Ab 5, S. 463

30) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 64

31) Schick, StK, Ab 5, S. 190

32) Mayer, StK, Ab 5, S. 581/582

33) v. Münch, Art. 33, Rdn. 37

34) Dazu eingehend Menzel, DÖV 1969, S. 516 ff, 522 ff

35) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 55

III. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser überwiegenden Meinung in ständiger Rechtsprechung³⁶ mit der Begründung angeschlossen, Art. 33 Abs. 5 GG könne sich seiner Stellung und seinem Wortlaut nach nur auf Art. 33 Abs. 4 GG beziehen, welcher ausschließlich Aussagen zum Berufsbeamtentum mache³⁷.

IV. Stellungnahme

Die herrschende Meinung hebt zu Recht hervor, daß ein Rekurs auf die Verhandlungen des Parlamentarischen Rates³⁸ in Bezug auf eine Klärung der Frage des persönlichen Geltungsbereichs des Art. 33 Abs. 5 GG wenig ergiebig ist. Auf der einen Seite war dem Parlamentarischen Rat bekannt, daß eine Vielzahl von Angestellten Aufgaben wahrnimmt, die von Beamten ausgeübt werden könnten oder müßten³⁹.

Andererseits wurde eine allgemeine "Verbeamtung" abgelehnt, um den öffentlichen Dienst flexibel halten zu können. So wird aus den Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates im wesentlichen nur deutlich, daß Gegenstand des Art. 33 Abs. 5 GG die Institutionalisierung des Berufsbeamtentums sein sollte⁴⁰. Diese Intention nahm bei allen Sitzungen die zentrale Stellung ein.

36) E 3, 162, 186; 16, 94, 110/111; NJW 1961, S. 915

37) E 3, 162, 186

38) Parlamentarischer Rat, JöR n.F. Bd. 1, S. 314-324

39) Kaufmann, Verhandlungen des Hauptausschusses des P.R., 17. Sitzung v. 3.12.1948, S. 205 ff, 213

40) Vgl. die Verhandlungen v. 3.12.; 8.12. und 15.12.1948, S. 205 ff; 255 ff; 313 ff

Hieraus ergab sich auch eine nicht zu verkennende Tendenz zur Differenzierung zwischen dem Recht der Berufsbeamten und dem der Angestellten, wie insbesondere aus den Diskussionsbeiträgen der Ratsmitglieder Laforet⁴¹ und Strauss⁴² sowie der Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses⁴³ ersichtlich wird. WACKE beruft sich für seine Ansicht zu Unrecht auf diese Stellungnahme, in der es heißt:

" Der Absatz 2 der Fassung des Hauptausschusses will sicherstellen, daß die traditionellen und institutionellen Grundzüge des seitherigen Berufsbeamtenrechts erhalten bleiben. Darüber hinaus haben sich aber auch auf dem Gebiete des Rechtes der im öffentlichen Dienst stehenden Angestellten Grundsätze gebildet, die ebenfalls bei der Neuregelung des öffentlichen Dienstes Beachtung verdienen. " ⁴⁴

Diese Formulierung -insbesondere das Wort "ebenfalls"- legt den Schluß nahe, daß neben den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums auch die im Recht der Angestellten gewachsenen Grundsätze bei der Neuregelung des öffentlichen Dienstes Berücksichtigung finden sollten⁴⁵. WACKE's⁴⁶ Folgerung, mit dieser Formulierung seien die Angestellten in den Art. 33 Abs. 5 GG miteinbezogen worden, ist daher nicht zwingend.

Der nun fast 30 Jahre anhaltende Streit um die Auslegung des Art. 33 Abs.5 GG zeigt, daß die Formulierung dieser Vorschrift redaktionell verunglückt ist⁴⁷. Es muß daher rekuriert werden auf das Telos dieser Norm. Art. 33 GG befaßt sich in den Absätzen 1 bis 4 mit den staatsbürgerlichen

41) Parlamentarischer Rat, JöR n.F. Bd. 1, S. 316

42) daselbst, S. 318

43) daselbst, S. 322

44) daselbst, S. 323/324

45) Ähnlich Ule, StK, Ab 5, S. 463

46) Grundlagen, S. 29

47) Vgl. v.Mangoldt-Klein, Art.33 VII,1; "Fassung ist wenig glücklich".

Rechten und Pflichten und enthält Grundsätze bezüglich der an die Übernahme eines öffentlichen Amtes zu stellenden Anforderungen sowie Grundsätze bezüglich der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Amtsinhaber und Dienstherrn, mit denen zweifelsfrei die Festlegung des Beamtenstatus¹ und die Institutionalisierung des Berufsbeamtentums bezweckt ist. Der Absatz 5 des Art. 33 GG muß in diesem Zusammenhang als Ergänzung des Absatzes 4 in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung des dort angesprochenen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses angesehen werden. Hätte an dieser Stelle auch eine Aussage über die nichtbeamteten Beschäftigten des öffentlichen Dienstes getroffen werden sollen, so hätte es wegen der damit verbundenen Ausdehnung des Regelungsgehaltes des Abs. 5 gegenüber den Abs. 1 bis 4 eines besonderen Hinweises bedurft.

Der Abschluß von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst ist seit 1918 bekannt⁴⁸. Die Abschaffung des Tarifvertrages als Regelungsinstrument hätte demnach einen Bruch mit hergebrachten Grundsätzen des öffentlichen Dienstes bedeutet. Davon, daß ein solcher Bruch von den Verfassungsgebern keineswegs intendiert war, ging auch der Gesetzgeber mit der Kodifikation des § 191 BBG aus. Überdies verlangt Art. 33 Abs. 5 GG nur eine "Berücksichtigung" der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Ist damit einerseits für die inhaltliche Ausgestaltung der Beamtenverhältnisse bereits eine verbindliche Richtlinie geschaffen, so verbleibt andererseits dem Gesetzgeber hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der

48) StK, Bericht, S. 38, 39

Arbeitnehmer eine breite Dispositionsbefugnis ⁴⁹, denn zwingend ist Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nur insoweit, als die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums nicht eliminiert werden darf ⁵⁰. Eine Ausdehnung der beamtenrechtlichen Grundsätze auf die Rechtsverhältnisse der nichtbeamteten Bediensteten im Wege einer Neuordnung des öffentlichen Dienstes unterliegt dem Ermessen des Gesetzgebers ⁵¹.

Die Konsequenz der Ansicht, Art. 33 Abs. 5 GG enthalte gleichwohl eine verbindliche Aussage im Hinblick auf die Angestellten und Arbeiter, wäre zwangsläufig die Entstehung eines Einheitsdienstrechtes ⁵². Ein solches Einheitsdienstrecht sollte aber gerade durch Art. 33 Abs. 4 GG verhindert werden. Diese Vorschrift ist richtigerweise als eine Abgrenzungsnorm zwischen Beamten und nichtbeamteten Beschäftigten anzusehen ⁵³. Die dem Grundgesetz zugrundeliegenden mannigfaltigen Differenzierungen zwischen Beamten einerseits und Angestellten bzw. Arbeitern andererseits ⁵⁴

49) Schick, StK, Ab 5, S. 187: "nackter Regelungsauftrag"

50) Jess, Bonner Kommentar, Art. 33 II, 6

51) Wiese, DVB1 1970, S. 651; Grewe, Gutachten z. 39. DJT, S. D 12/13

52) Ule, StK, Ab 5, S. 463

53) Mayer, StK, Ab 5, S. 589

54) Art. 36 Abs. 1; 60 Abs. 1; 85 Abs. 2 Satz 2; 108 Abs. 3 Satz 2; 131; 132; 137 GG

würden bei der Annahme eines Einheitsdienstrechtes auch widersinnig erscheinen⁵⁵. Mit Recht ist daher das Bundesverfassungsgericht⁵⁶ davon ausgegangen, daß sich Art. 33 Abs. 5 GG auf Abs. 4 bezieht und somit nur Aussagen in Bezug auf das Berufsbeamtentum enthält.

Art. 33 Abs. 5 GG steht demnach dem Abschluß von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst nicht entgegen.

Aufgrund dieses Ergebnisses verbleibt im Rahmen der weiteren Untersuchung der Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst die Frage der Tariffähigkeit der Vertragspartner zu prüfen.

55) Vgl. dazu Ule, StK, Ab 5, S. 463; ders. DVBl 1970, S. 637

56) E 3, 162, 186

Drittes Kapitel: Die Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes

Die Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes läßt sich nicht durch Subsumtion des Lebenssachverhaltes unter einen gesetzlich normierten Tatbestand ohne weiteres feststellen, denn eine Norm, die den Begriff der Tariffähigkeit definiert und ihre Voraussetzungen enumeriert, gibt es nicht. § 2 Abs. 1 TVG nennt die möglichen Tarifvertragsparteien, ohne jedoch festzulegen, was unter einer "Gewerkschaft" zu verstehen ist; auch fehlt eine Aussage darüber, ob und gegebenenfalls welche Voraussetzungen Einzelarbeitgeber und Arbeitgebervereinigungen erfüllen müssen, um als Tarifvertragspartei anerkannt zu werden. Auch wird in den §§ 2 Abs. 1 Nr. 6; 97 Abs. 5 ArbGG; 74 Abs. 2 BetrVG und 66 Abs. 2 BPersVG der Begriff "Tariffähigkeit" vom Gesetzgeber als bekannt vorausgesetzt und verwendet.

Es bedarf also vor Beginn einer Untersuchung über die Tariffähigkeit der Vertragspartner des öffentlichen Dienstes der Festlegung des Inhaltes, der Bedeutung und der Voraussetzungen der Tariffähigkeit.

1. Abschnitt

Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen der Tariffähigkeit

I. Begriff und Bedeutung der Tariffähigkeit

Nach allgemeiner Meinung bedeutet Tariffähigkeit die Fähigkeit, Partner eines Tarifvertrages zu sein⁵⁷. Diese kann anerkanntermaßen nicht jeder Person oder Personenvereinigung per se zukommen⁵⁸. Vielmehr begrenzt § 2 Abs.1 TVG die Tariffähigkeit bei Einzelpersonen auf Arbeitgeber⁵⁹, bei Personenvereinigungen auf solche der Arbeitgeber und auf Gewerkschaften. Dabei konsentieren Rechtsprechung⁶⁰ und Lehre⁶¹ darin, daß die vorgenannten Personenvereinigungen bestimmte rechtliche Anforderungen -auf die noch einzugehen sein wird- erfüllen müssen, um tariffähig zu sein⁶².

- 57) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.6; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn.1; Zöllner, Arbeitsrecht, S.245; Söllner, Arbeitsrecht, S.117; Herschel, S.34; Maus, S.273; Hueck-Nipperdey, II,1,S.421; Nikisch, II, S. 236.

BVerfGE 20,312,313 definiert: "Die Tariffähigkeit bedeutet die Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler unter anderem die Arbeitsbedingungen des Einzelarbeitsvertrages mit der Wirkung zu regeln, daß sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten."

- 58) Vgl.nur BVerfG 18,18,28; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, §2, Rdn.2
- 59) Sei der Einzelarbeitgeber eine natürliche oder juristische Person:vgl. Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn 60
- 60) BVerfGE 4,96,106,107; 18,18,28; BAG AP Nr.25 zu § 2 TVG
- 61) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn.9 ff; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.94 ff; Zöllner,Arbeitsrecht, S.246; Grossmann-Schneider, Rdn.436; Söllner,S.117; Hueck-Nipperdey, II,1,S.425 ff; Nikisch,II,S.242 ff; Maus, S.301 ff
- 62) Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diese ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale auch auf Einzelarbeitgeber Anwendung finden,ist bislang nicht erörtert worden.
Vgl.dazu unten B. 1.Teil, 3.Kapitel,1.Abschnitt,II,2

Entwickelt wurden diese Voraussetzungen, um sicherzustellen, daß nur solche Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die im Zusammenspiel mit dem Sozialpartner zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens in der Lage sind, an der Tarifautonomie partizipieren ⁶³.

Der Gesetzgeber sah sich nach Ende des 2. Weltkrieges vor die Alternative gestellt, die Arbeitsverhältnisse entweder durch Hoheitsakte zu regeln, wie dies zur Zeit des 3. Reiches geschehen war ⁶⁴, oder aber dafür Sorge zu tragen, daß die Arbeitsbedingungen durch Vertragspartner ausgehandelt werden, die in der Lage sind, das angestrebte Ziel, d.h. die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens durch Tarifverträge, insbesondere die Festlegung der Höhe der Arbeitsvergütung und damit letztlich die soziale Befriedung der Gemeinschaft ⁶⁵ zu realisieren ⁶⁶.

63) Vgl. dazu BVerfGE 4,96,107 f; 18,18,28

64) §§ 1, 2 des Gesetzes über Treuhänder der Arbeit vom 19.5.1933 - RGBl. 1933, Teil 1, S. 285; §§ 18 ff des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934 - RGBl. 1934, Teil 1, S.45; Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 23.3.1934 - RGBl. 1934, Teil 1, S.220; Gesetz zur Regelung des Arbeits-einsatzes v. 15.5.1934 - RGBl. 1934, Teil 1, S. 381; Gesetz über die Einführung eines Arbeitsbuches v.26.2.1935 - RGBl. 1935, Teil 1, S.311; Verordnung über die Lohngestaltung v. 25.6.1938 - RGBl. 1938, Teil 1, S. 691 mit Durchführungs-verordnung v.23.4.1941 - RGBl. 1941, Teil 1, S.222

65) Ober die Zielsetzung des Tarifvertragsrechts besteht - soweit ersichtlich - Einigkeit: vgl. grundlegend BVerfGE 4, 96, 107; 18,18,28

66) Vgl. zu den Überlegungen des Vereinigten Wirtschaftsrates als Gesetzgebers des TVG: Karpf, Protokoll des Vereinigten Wirtschaftsrates 1948, S.1095; Richter, daselbst, S.1098

Der Vereinigte Wirtschaftsrat als Gesetzgeber des TVG entschied sich aufgrund der negativen Erfahrungen aus der Zeit des 3. Reiches dafür, gemäß dem Grundsatz: "So viel staatliche Eingriffe wie nötig und so wenig staatliche Eingriffe wie möglich" die Regelung der Arbeitskonditionen weitestgehend den Tarifpartnern zu überlassen ⁶⁷.

Dabei delegierte er mit dem in § 1 Abs.1 TVG enthaltenen Recht zur Normsetzung eine Befugnis an die Tarifvertragsparteien, welche ansonsten der Legislative vorbehalten bleibt ⁶⁸. Diese Delegation staatlicher Hoheitsbefugnisse setzt die Funktionsfähigkeit der Tarifaufonomie voraus ⁶⁹.

67) Vgl. dazu Karpf, a.a.O., S.1095; Richter, a.a.O., S.1098; Hueck-Nipperdey, II, 1, S.28

68) Heute g.h.M.: BVerfGE 44,322,341; BAG AP Nr. 4,7,16,18 zu Art.3 GG; Krüger, RdA 1957, S.201; 203; Peters-Ossenbühl, S.15; Hueck-Nipperdey, II, 1, S.28; Nikisch, II, S.216; Söllner, S.111; zweifelnd, aber im Ergebnis ebenso Zöllner, Rechtsnatur, S.14 ff.
Nach a.A. (Herschel, Festschrift Bogs, S.129 ff; Molitor, AR-Blattei Tarifvertrag, I, B, Entsch.1; Wertenbruch, RdA 1959, S.67; Lieb, RdA 1957, S.260, 261) soll die Tarifaufonomie frei von staatlicher Delegation auf originärer, geschichtlich gewachsener, privatrechtlicher Regelungsbefugnis beruhen.

Nach einer weiteren Ansicht (Biedenkopf, S.102 ff; Galperin, Festschr. Molitor, S.143, 154-157) soll die Tarifaufonomie unmittelbar aus Art.9 Abs.3 GG folgen.

Die Richtigkeit der h.M. ergibt sich aus Art.20 Abs.2 GG. Der normative Teil des Tarifvertrages ist Gesetz im materiellen Sinne, also Rechtsquelle. Zur Schaffung von Rechtsquellen sind aber nur die Legislativorgane des Bundes, der Länder und Gemeinden befugt, die ihrerseits in den durch Gesetz vorgesehenen Fällen diese Befugnis durch Delegation auf Dritte übertragen können (so z.B. durch Art.80 GG). Eine weitere Möglichkeit der Rechtsetzungsbefugnis ist der Verfassung fremd und widerspricht Art.20 Abs.2 GG. Art.9 Abs.3 GG selbst garantiert nicht die Tarifaufonomie in ihrer besonderen Ausgestaltung; in diesem Grundrecht ist vielmehr ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich dergestalt enthalten, daß ein Tarifvertragssystem i.S.d. modernen Arbeitsrechts vom Gesetzgeber bereitzustellen ist (BVerfGE 4,96,106; 20,312, 317). Dies ist durch das TVG, aus welchem die Normsetzungsbefugnis folgt, geschehen.

69) Vgl. BVerfGE 4,96,107,108; 18,18,28

Zu ihrer Sicherung ist der Gesetzgeber im Rahmen seiner Verpflichtung zur Bereitstellung eines Tarifvertragsrechts befugt, die Tariffähigkeit nur solchen Personen oder Vereinigungen zukommen zu lassen, die nach seiner Einschätzung zu einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens in der Lage sind ⁷⁰. Ihnen bleibt das Privileg vorbehalten, Tarifverträge rechtswirksam schließen zu können; die Tariffähigkeit ist also Voraussetzung der Wirksamkeit von Tarifverträgen ⁷¹. Ihr Fehlen, welches nicht heilbar ist ⁷², bewirkt demnach die Nichtigkeit des geschlossenen Tarifvertrages.

II. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit

1. Die Tariffähigkeit von Koalitionen

A. Tariffähigkeit und Koalitionsbegriff des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ⁷³ hat festgestellt, daß eine Koalition, um tariffähig zu sein, als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernehmen, frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein sowie das geltende Tarifrecht für sich als verbindlich anerkennen muß.

70) Ebenso BVerfGE 4,96,107; 18,18,28

71) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.9

72) Wiedemann-Stumpf, § 1, Rdn.110; Zöllner, Arbeitsrecht, S.244/245

73) E 18,18,28; ebenso E 4,96,106 f; NJW 1979,699,709

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ⁷⁴ und in der Literatur ⁷⁵ ist diese Definition mehr oder minder vollständig übernommen und im Hinblick auf das Merkmal der "Unabhängigkeit" inhaltlich weiter konkretisiert worden. So wird zum einen die finanzielle und organisatorische Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler gefordert ⁷⁶; zum anderen muß die Vereinigung frei von staatlicher Einflußnahme sein ⁷⁷.

Darüber hinaus wird von der herrschenden Meinung auch die Unabhängigkeit von Parteien und Kirche verlangt ⁷⁸. Dies ist zwar nicht unbestritten ⁷⁹, jedoch beruht der Streit allem Anschein nach auf einem begrifflichen Mißverständnis, denn die sich kritisch mit der herrschenden Meinung auseinandersetzende Gegenansicht negiert nicht die "Unabhängigkeit von Partei und Kirche", sondern das Erfordernis der "parteipolitischen und kirchlichen Neutralität" ⁸⁰. Zwischen beiden Merkmalen muß aber scharf differenziert werden. Es steht außer Zweifel,

74) Z.B. BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG; AP Nr. 24 zu Art.9 GG; SAE 1978, 37

75) Vgl. Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.103 ff; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn.9 ff; Hueck-Nipperdey, II,1,S.426 ff; Söllner, Arbeitsrecht, S.117 i.V.m. 53 f; Zöllner, Arbeitsrecht, S.225; Grossmann-Schneider, S.188, Rdn. 436; Herschel, S. 34 i.V.m. 18 f

76) Wiedemann-Stumpf, § 2 Rdn. 151,152 m.zahlr.Nachw.; Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 94 f

77) Vgl. für viele Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.157; ebenso Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II,S.369; Hueck-Nipperdey, II,1,S.98; Nikisch, II, S. 9

78) Müller, Festschrift Nipperdey, S.440 ff; Hueck-Nipperdey, II, 1,S.97; Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände, I,C,I, 2b; Söllner, Arbeitsrecht, S.54; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn. 32; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.158; Nikisch, II, S.254,255; zweifelnd Schnorr, RdA 1961,181,184 f; Schelp, AuR 1954,70,74; Lieb, S. 104

79) Ablehnend Dietz, Grundrechte, S.434; Dietz-Richardi, § 2, Rdn.46; Reuß, Arbeitsrecht, S.147,148; Maunz-Dürig-Scholz, Art.9, Rdn.219; v.Münch, Bonner Kommentar, Art.9, Rdn.132

80) So deutlich Dietz, Grundrechte, S.434; Maunz-Dürig-Scholz, Art. 9 Rdn. 219

daß weder begrifflich noch funktional von einer Tarifautonomie ausgegangen werden kann, wenn außerhalb der Sphäre der Tarifvertragsparteien stehende dritte Kräfte, sei es in personeller, finanzieller oder organisatorischer Hinsicht, beherrschenden Einfluß auf die Willensbildung der Sozialpartner nehmen können und damit die jeder Autonomie immanente Eigenständigkeit der Selbstverwaltung zerstören⁸¹. Dies bedeutet zugleich, daß Koalitionen unabhängig von der Dritt-einwirkung durch Parteien oder Kirche sein müssen. Ein anderes Ergebnis wäre auch widersinnig, denn eine sachliche Rechtfertigung, einerseits die Unabhängigkeit vom Staat zu fordern, andererseits aber auf das Erfordernis der Unabhängigkeit von Parteien und Kirche zu verzichten, ist nicht ersichtlich. Vielmehr sollte die vom Bundesverfassungsgericht geforderte "Unabhängigkeit" im Zuge ihrer inhaltlichen Konkretisierung mit SÜLLNER⁸² als "Unabhängigkeit von dritten Mächten" formuliert werden, um Mißverständnissen über den Anwendungsbereich dieses Merkmals vorzubeugen.

Andererseits ist -soweit ersichtlich- unbestritten, daß unabhängige Koalitionen ihren politischen und religiösen Standort selbst bestimmen können, ohne dabei den Verlust ihrer Tariffähigkeit befürchten zu müssen⁸³. Sie sind also nicht zu politischer und religiöser Neutralität⁸⁴ verpflichtet⁸⁵.

81) Wiedemann-Stumpf, § 2 Rdn.158 betonen zu Recht den "beherrschenden" Einfluß, da nicht jede vereinzelte Personalunion, finanzielle Zuwendung oder organisatorische Verbindung sofort die Eigenständigkeit der Koalition gefährdet. Dazu eingehend unter B. I. Teil, 3. Kapitel, 3. Abschn. I

82) Arbeitsrecht, S. 54

83) Müller, Festschrift Nipperdey, S.440; Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände, I, C, I 2 b m. zahlr. Nachw.

84) Unklar insoweit Zöllner, Arbeitsrecht, S.246 i.V.m.82, der zwar die Unabhängigkeit der Koalition von Staat, Partei und Kirche behandelt, dann aber von der Problematik des Eintretens der Koalition für Ziele einer bestimmten Partei spricht.

85) Dies hatte in der Vergangenheit insb. Bedeutung für die sog. Richtungsgewerkschaften; vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn. 32

Die vorgenannten Entscheidungen des BVerfG sprechen die Tariffähigkeit von "Koalitionen" an. Unter diesem Begriff, der vom Gesetzgeber nicht verwendet wird, sind nach allgemeiner Ansicht ⁸⁶ Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs.3 GG zu verstehen ⁸⁷.

Diese Vereinigungen müssen, um den Koalitionsstatus und damit die Privilegierung ⁸⁸ gegenüber Vereinigungen im Sinne des Art.9 Abs.1 GG im Hinblick auf die Legitimation zu sozialer Selbstverwaltung zu erlangen, bestimmte Voraussetzungen erfüllen, die nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts mit den von ihm genannten Erfordernissen der Tariffähigkeit identisch sind ⁸⁹. In Konsequenz hat das Gericht festgestellt, daß die seinerseits aufgestellten Merkmale der Tariffähigkeit "nichts anderes als notwendige Voraussetzungen für das Vorhandensein echter arbeitsrechtlicher Vereinigungen überhaupt" sind ⁹⁰. Diesbezüglich besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit darin, daß die vom Bundesverfassungsgericht genannten Merkmale -mit Ausnahme des Erfordernisses der eigenverbindlichen Anerkennung des geltenden Tarif- und Schlichtungsrechts ⁹¹ - sowohl der Tariffähigkeit immanent sind als auch den Koalitionsbegriff kennzeichnen.

86) Für viele Maunz-Dürig-Scholz, Art.9,Rdn. 3

87) Verschiedentlich werden die Begriffe "Koalition" und "Berufsverband" synonym verwendet: Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.1; Maunz-Dürig-Scholz, Art.9,Rdn.3. Dies ist insofern mißverständlich, als Koalitionen nicht nur nach dem Berufsverbandsprinzip, sondern vielfach nach dem Industrieverbandsprinzip gebildet sind; klärend Wiedemann-Stumpf, §2, Rdn.95

88) Zu Art und Umfang der Privilegierung im einzelnen vgl. ausführlich Maunz-Dürig-Scholz, Art.9, Rdn.3

89) E 4,96,107

90) E 4,96,107

91) Zum Verhältnis dieses Merkmals zum Koalitionsbegriff unten unter B. 1.Teil,3.Kapitel,1.Abschnitt,II,1,D,b. Auch das BVerfG E 4,96,107 läßt Ausnahmen vom Erfordernis der Einbeziehung dieses Merkmals in den Koalitionsbegriff zu.

Gleichwohl herrscht im Ergebnis Uneinigkeit über das Verhältnis von Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit, weil das Bundesverfassungsgericht die Fragen offengelassen hat, ob seine Definition des Koalitionsbegriffes erschöpfend ist und ob und inwieweit Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit divergieren können.

Infolgedessen ist streitig, ob über die vom Bundesverfassungsgericht erwähnten Erfordernisse an den Koalitionsbegriff hinaus weitere Anforderungen an die Tariffähigkeit, insbesondere die Merkmale der "Verbandsmächtigkeit", und "Arbeitskampffähigkeit", gestellt werden dürfen und sogar gestellt werden müssen.

B. Bedeutung des Streits um "Verbandsmächtigkeit" und "Arbeitskampffähigkeit" als weitere, über den Koalitionsbegriff des BVerfG hinausgehende Anforderungen an die Tariffähigkeit für die vorliegende Untersuchung

Verschiedentlich werden "Verbandsmächtigkeit" ⁹², also die Fähigkeit, Druck und Gegendruck im Sinne einer Gegen- und Gleichgewichtigkeit (Kräfteparität) der Tarifvertragsparteien ausüben zu können, und "Arbeitskampffähigkeit" ⁹³, d.h. die Legitimation zur Durchführung von Arbeitskämpfen ⁹⁴, als weitere Voraussetzungen der Tariffähigkeit genannt.

92) So insbesondere BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG; st.R'spr.

93) So insbesondere Wolf, ZfA 1971, 172 Fn. 76

94) Davon zu unterscheiden ist die ebenfalls als Erfordernis der Tariffähigkeit lebhaft umstrittene Arbeitskampfbereitschaft, also die Bereitschaft, einen legitimen Arbeitskampf auch tatsächlich durchzuführen. Vgl. zum Meinungsstand Wiedemann-Stumpf, § 2 Rdn. 189 und unten Fn. 213. Dieser Streitfrage soll in der vorliegenden Untersuchung nicht weiter nachgegangen werden, da das Merkmal der Arbeitskampfbereitschaft, das im wesentlichen nur im Hinblick auf Gewerkschaften als den fordernden Tarifvertragsparteien aktuell wird, im öffentlichen Dienst keine Probleme aufwirft, wie sich z.B. aus § 19 der Satzung der Gewerkschaft ÖTV v. 17.6. 1976 (Bekennnis zum Arbeitskampf) ergibt und auch in der Praxis deutlich geworden ist.

Die Entscheidung der Streitfrage, ob diese Merkmale als Anforderungen an die Tariffähigkeit zu stellen sind, ist von eminenter Bedeutung für die Untersuchung der Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes.

Zum einen ist -wie in der Einleitung zu dieser Arbeit ⁹⁵ schon erwähnt wurde- Gegenstand der Kritik an der Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst auch das Fehlen einer Gegen- und Gleichgewichtigkeit der Vertragsparteien. Evident wird dies in den Ausführungen RÜTHERS' ⁹⁶, die öffentlichen Arbeitgeber seien durch ihre Bindung an das Sozialstaatsprinzip zur raschen Kapitulation im Tarifkonflikt gezwungen. ISENSEE ⁹⁷ meint, die demokratisch verfaßte Allgemeinheit sei denjenigen, die den Schalthebel der öffentlichen Leistungsmonopole bedienten, hoffnungslos unterlegen; das demokratische System sei nicht auf eine Machtprobe mit dem Staatsdienst gerüstet. RUPP ⁹⁸ schließlich ist der Ansicht, es sei reine politische Mystifikation, so zu tun, "als gäbe es einen irgendwie mit dem fürstlichen Souverän vergangener Zeiten identifizierbaren öffentlichen Arbeitgeber, demgegenüber erst mit Hilfe kollektiver Gegenmacht die Interessen der öffentlichen Arbeitnehmer nahegebracht werden könnten". Wäre die Mächtigkeit der Koalition als Vorbedingung ihrer Tariffähigkeit anzusehen, so bestünden - den Ausführungen der vorgenannten Autoren zufolge - an der Tariffähigkeit der öffentlichen Arbeitgeberkoalitionen, also der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände, erhebliche Zweifel.

95) Oben A, I

96) Rütters, FAZ v.14.12.1974,S.13; ders.FAZ v. 23.2.1974, S.9

97) S. 34

98) S. 175

Zum anderen ist die Frage der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen im öffentlichen Dienst lebhaft umstritten. Der Auseinandersetzung mit diesem Problem kommt im Hinblick auf die Tariffähigkeit der Vertragspartner entscheidende Bedeutung zu unter der Prämisse, daß die Arbeitskampffähigkeit Voraussetzung der Tariffähigkeit ist.

Sind Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst rechtswidrig, sind also die Tarifvertragsparteien arbeitskampfunfähig, so bedeutet dies den Verlust der Tariffähigkeit, sofern diese die Arbeitskampffähigkeit als unverzichtbares Element voraussetzt.

Verbandsmächtigkeit und Arbeitskampffähigkeit wären ohne weiteres zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit zu rechnen, wenn sie notwendige Erfordernisse an den Koalitionsbegriff darstellten⁹⁹ und damit die Definition des Koalitionsbegriffes durch das BVerfG ergänzten. Dies ist nachfolgend zu untersuchen.

99) Dies folgt daraus, daß -wie erwähnt- nicht jeder Vereinigung, sondern nur Koalitionen die Tariffähigkeit zukommen kann: Siehe oben B. 1. Teil, 3. Kapitel, 1. Abschnitt, I.

C. Verbandsmächtigkeit, Arbeitskampffähigkeit
und Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit als Grundrecht. Sie beinhaltet als Individualgrundrecht sowohl die Freiheit, eine Koalition zu gründen, einer solchen beizutreten und in ihr zu verbleiben (positive Koalitionsfreiheit) ¹⁰⁰ als auch die Freiheit, einer Koalition fernzubleiben (negative Koalitionsfreiheit) ¹⁰¹. Die positive Koalitionsfreiheit ist zudem ein kollektives Grundrecht. Sie gewährleistet den Fortbestand der Koalition insoweit, als der Staat ihre Existenz nicht über das notwendige Maß hinaus erschweren darf (Bestandsgarantie) ¹⁰². Darüber hinaus wird auch die Zweckverfolgung durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung in ihrem Kernbereich geschützt (Betätigungsgarantie) ¹⁰³.

100) Allg. Meinung; vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, S. 85

101) Dietz, Grundrechte, S. 453 ff, 457; Nikisch, II, S. 28 ff; v. Münch, Bonner Kommentar, Art. 9 Rdn. 140; Maunz-Dürig-Scholz, Art. 9 Rdn. 169; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 86.

Nach a.A. ist die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 2 GG herzuleiten: Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 154 ff; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 59 f

102) Vgl. dazu BVerfGE 28, 295, 304 ff m.w.Nachw.

103) BVerfGE 18, 18, 26; 17, 319, 333; zum Umfang der Garantie BVerfG NJW 1979, 699, 709

Die positive Koalitionsfreiheit als Individual- wie als Kollektivgrundrecht wäre in ihrem Kernbereich verletzt, wenn nur "mächtigen" Vereinigungen die Koalitionseigenschaft zugestanden würde. Zum einen wäre das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, nicht mehr für jedermann gewährleistet, da nur derjenige eine Koalition zu gründen in der Lage wäre, der zugleich ihre Mächtigkeit gewährleisten könnte. Zum anderen würde Vereinigungen der besondere Schutz des Art. 9 Abs.3 GG mit Hilfe eines Merkmals vorenthalten, welches viel zu unbestimmt und unbestimmbar ist, um justitiabel zu sein, und für das brauchbare Bewertungskriterien fehlen ¹⁰⁴.

Schließlich wäre die Bestandsgarantie und damit auch der Koalitionspluralismus gefährdet, da nur etablierte "mächtige" Koalitionen den Schutz des Art.9 Abs.3 GG genießen könnten ¹⁰⁵. Es besteht daher weitestgehend Einigkeit darüber, daß "Verbandsmächtigkeit" kein Erfordernis der Koalitionseigenschaft ist ¹⁰⁶.

Ebensowenig kann das Merkmal der Arbeitskampf-fähigkeit Bestandteil des Koalitionsbegriffes sein. Koalitionen im Sinne des Art.9 Abs.3 GG sind auch solche Vereinigungen, denen die Arbeitskampf-fähigkeit fehlt, wie beispielsweise der Deutsche Beamtenbund ¹⁰⁷, denn -so hat auch das Bundes-verfassungsgericht ¹⁰⁸ klargestellt- es gibt mannig-faltige Betätigungsmöglichkeiten der Koalitionen außerhalb des Tarifrechts.

104) Eingehend unten unter B. 1.Teil, 3.Kapitel, 1.Abschnitt, II,1,E,c

105) Dazu eingehend Reichel, RdA 1972, 149

106) So ausdrücklich BAG SAE 1978,37,41; AP Nr.24 zu Art.9 GG. Anders -soweit ersichtlich- wohl nur Herschel,AuR 1976, 237 ff und Neuhaus, Sozialer Fortschritt 1976,146 f, der sich aber nur auf Herschel bezieht

107) Scheuner, Koalitionsfreiheit, S. 52

108) NJW 1979, 699, 709 f

Die Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung ist also keineswegs allein auf die Konfliktaustragung mit dem sozialen Gegenspieler ausgerichtet; sie beinhaltet vielmehr auch Tätigkeiten, die das Zusammenwirken und die Verständigung mit der Gegenseite im Sinne einer Sozialpartnerschaft in den Vordergrund rücken.

" Davon, daß Art. 9 III GG Ordnungen des Arbeitslebens nicht ausschließt, die primär auf dem Gedanken des Zusammenwirkens beruhen, geht auch die Rechtsprechung aus, wenn sie einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung im Personalvertretungswesen als durch das Grundrecht geschützt ansieht (vgl. insb. BVerfGE 19, 303 (312 ff.) = NJW 1966, 491). Gleiches muß für die Betätigung der Koalitionen im Bereich des Betriebsverfassungsrechts gelten ".¹⁰⁹

In diesen Bereichen hat die Arbeitskampffähigkeit keine Bedeutung. Folglich würde ihre Einbeziehung in den Koalitionsbegriff kampfunfähigen Vereinigungen ohne sachlichen Grund die Möglichkeit nehmen, die Interessen ihrer Mitglieder in Bereichen, in denen der Arbeitskampf keine Rolle spielt, wirksam und nachhaltig zu vertreten, und damit die Betätigungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG verletzen. Konsequenterweise hat das Bundesverfassungsgericht ¹¹⁰ daher wiederholt die notwendigen Koalitionsmerkmale aufgezählt, ohne dabei die Arbeitskampffähigkeit zu erwähnen; diese ist dem Koalitionsbegriff nicht immanent.

Mit diesem Ergebnis ist zugleich festgestellt, daß Verbandsmächtigkeit und Arbeitskampffähigkeit nur dann als Merkmale der Tariffähigkeit in Betracht kommen können, wenn über die Erfordernisse an den Koalitionsbegriff hinaus weitere Anforderungen an die Tariffähigkeit möglich sind. Dies hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Tariffähigkeit Folge der Koalitionseigenschaft und damit dem Art. 9 Abs. 3 GG zu entnehmen oder ob sie ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 2 Abs. 1 TVG ist.

109) BVerfG NJW 1979, 699, 710

110) E 4, 96, 106 f; 18, 18, 28; zuletzt in NJW 1979, 699, 709

D. Divergenz von Tariffähigkeit und Koalitions-
eigenschaft als Grundlage der Forderung nach
"Verbandsmächtigkeit" und "Arbeitskampffähigkeit"

Ist die Tariffähigkeit Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Freiheit koalitions-
gemäßer Betätigung, ist also jede Koalition per se
tariffähig, so dürfen an die Tariffähigkeit nur die-
jenigen Anforderungen gestellt werden, die auch an
die Koalitionseigenschaft zu stellen sind.

Unterliegt die Tariffähigkeit dagegen als ungeschrie-
benes Tatbestandsmerkmal des § 2 Abs.1 TVG, dem in
diesem Falle nicht nur deklaratorische, sondern
konstitutive Bedeutung zukäme, der gesetzgeberischen
Ausgestaltung, so sind über den Koalitionsbegriff
hinaus weitere Anforderungen an die Tariffähigkeit
denkbar.

a. Die vertretenen Meinungen

In der Literatur ¹¹¹ wird teilweise die Auffassung
vertreten, die Voraussetzungen der Koalitionseigen-
schaft und der Tariffähigkeit seien identisch.

Da die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitions-
freiheit nicht nur den Bestandsschutz, sondern auch
den Schutz der Betätigungsfreiheit der Koalition
beinhalte, und da der Abschluß von Tarifverträgen
zu den typischen Betätigungsmerkmalen der Koalition
gehöre, müsse eine Vereinigung, die den Schutz des

111) Hueck-Nipperdey, II,1,S.422; Säcker, AR-Blattei, Tarif-
vertrag, II, A, unter I, 2a; Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP
Nr.25 zu § 2 TVG; Schnorr, RdA 1955,3,8; Maunz-Dürig-
Scholz, Art.9 Rdn.194; im Ergebnis wohl auch Zöllner, AöR
98,71,91 f; und einschränkend Kraft, SAE 1978, 43,44.
Dieser Meinung hat sich auch das ArbG Stuttgart, EzA
Nr. 9 zu Art. 9 GG angeschlossen.

Art. 9 Abs. 3 GG genieße, per se tariffähig sein ¹¹². Den tatbestandlichen Voraussetzungen der Tariffähigkeit komme daher keine normative Wirkung zu; vielmehr handele es sich bei ihnen in Wirklichkeit um Merkmale, die die Koalitionen von den durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Vereinigungen (Vereinen, Gesellschaften) unterscheide und ihnen den besonderen Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zukommen lasse. Die Tariffähigkeit sei daher eine zwingende Wirkung der Koalitionseigenschaft ¹¹³.

Das BAG ¹¹⁴ und -ihm folgend- eine in der Literatur ¹¹⁵ stark vertretene Meinung ist demgegenüber der Ansicht, Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit seien nicht kongruent. Vielmehr dürfe unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹¹⁶ die Tariffähigkeit nur solchen Koalitionen verliehen werden, die zu der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens in der Lage seien ¹¹⁷. Der gegenteiligen Ansicht zufolge wären tarifunfähige oder tarifunwillige Koalitionen nur durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt, was dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 3 GG widerspreche ¹¹⁸.

112) Säcker, AR-Blattei, Tarifvertrag II, A, I, 2a. Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG meint, eine Koalition ohne Tariffähigkeit sei wie "Kernobst ohne Kerne".

113) Säcker, AR-Blattei, Tarifvertrag II, A, I, 2a

114) AP Nr. 25 zu § 2 TVG; SAE 1978, 37, 40;

115) Rüthers, Betrieb 1970, 2120, 2122; Dietz, Grundrechte, S. 437; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 14; Scheuner, Koalitionsfreiheit, S. 52 f; Dütz, AuR 1976, 65, 66 f; Nikisch, II, S. 61 f; Lerche, S. 39 f; Reuß, RdA 1964, 362, 363; ders. offengelassen in Festschrift Kunze, S. 278; im Ergebnis ebenso, wenn auch kritisch Lieb, S. 105

116) Angesprochen sind die Urteile E 4, 96, 106 ff; 18, 18, 28

117) BAG SAE 1978, 37, 40

118) BAG SAE 1978, 37, 40

Auch seien die Normzwecke des Art. 9 Abs.3 GG einerseits und des § 2 Abs.1 TVG andererseits grundverschieden. Während Art. 9 Abs.3 GG die Bildung, den Bestand und die Betätigung der Koalitionen schütze, stelle § 2 Abs.1 TVG eine Legalitätskontrolle für die durch § 1 Abs.1 TVG verliehene Tarifaufonomie dergestalt dar, daß der Gesetzgeber Vorbedingungen für die Partizipation an der Tarifaufonomie schaffen könne¹¹⁹. Allerdings verbiete es das Grundrecht der Koalitionsfreiheit dem Gesetzgeber, die Tariffähigkeit von Umständen abhängig zu machen, die nicht von der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens gefordert seien¹²⁰.

b. Stellungnahme

Für ihre Ansicht beruft sich die wohl herrschende Meinung auf zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Diese Entscheidungen tragen jedoch die Auffassung der herrschenden Meinung nicht. In der ersten Entscheidung¹²¹ stellt das Gericht zunächst fest, daß die von ihm genannten Merkmale der Tariffähigkeit letztlich nichts anderes als die Wesensmerkmale einer Koalition sind. Dann jedoch spricht das Gericht aus, daß es nicht Sinn der in Art.9 Abs.3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit sein könne, daß der Gesetzgeber schlechthin jede Koalition zum Abschluß von Tarifverträgen zulassen, also als tariffähig behandeln müsse.

119) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.14; ähnlich Nikisch, II, S.61, 62

120) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.14

121) E 4, 96 ff, 107 f; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen oben unter B. 1. Teil, 3. Kapitel, 1. Abschnitt, II, 1, A am Ende.

Dieser Aussage ist zu entnehmen, daß das Gericht zwischen den Begriffen "Koalition" und "Tariffähigkeit" differenziert, indem es feststellt, daß nicht jede Koalition, also eine Vereinigung, die den an den Koalitionsbegriff zu stellenden Anforderungen genügt, zugleich tariffähig sein muß. Diese Differenzierung erfährt jedoch sofort eine erhebliche Beschränkung, da nach Ansicht des BVerfG die Befugnis des Gesetzgebers, die Grenzen der Tariffähigkeit selbst zu ziehen, dadurch beschränkt wird, daß die inhaltliche Ausgestaltung der Tariffähigkeit nicht den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG antasten und damit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mittelbar aushöhlen darf.

Konkretisiert wird diese wesentliche Einschränkung in der zweiten Entscheidung ¹²², in der das Gericht die Frage, ob die Tariffähigkeit aus Art. 9 Abs. 3 GG oder aus § 2 Abs. 1 TVG herzuleiten ist, bewußt offenläßt ¹²³, da seiner Ansicht nach sowohl an die Koalitionseigenschaft als auch an die Tariffähigkeit nur diejenigen Anforderungen gestellt werden dürfen, die zur Funktionserfüllung, d.h. zu der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens erforderlich sind. Zu Recht wird darauf hingewiesen ¹²⁴, daß nach dieser Entscheidung letztlich kein Unterschied mehr zwischen den Voraussetzungen des Koalitionsbegriffes und denen der Tariffähigkeit besteht.

122) E 18, 18 ff

123) S. 27

124) Kraft, SAE 1978, 44; Zöllner, AöR 98, 71, 92

Allerdings hat das BVerfG in zwei weiteren Entscheidungen ¹²⁵ seine Auffassung über die Relation von Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit neu formuliert und festgestellt, daß Art. 9 Abs. 3 GG nicht die Tarifautonomie im Sinne eines ausgeprägten Tarifvertragssystems schütze, sondern den Gesetzgeber verpflichte, ein dem modernen Arbeitsrecht angepaßtes Tarifvertragsrecht zu schaffen. Die Koalitionsfreiheit bedürfe von vorneherein der gesetzlichen Ausgestaltung, da die Koalitionstätigkeit eine Vielzahl bedeutungsvoller Belange im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung berühre. Dies mache ggfs. auch gesetzliche Regelungen erforderlich, die der Koalitionsfreiheit Schranken setzten. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit räume den geschützten Vereinigungen keinen unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein, sondern überlasse es dem Gesetzgeber, die Tragweite der Koalitionsfreiheit durch die Ausgestaltung und Regelung der Befugnisse der Koalitionen zu bestimmen. Somit verbleibe dem Gesetzgeber ein breiter Spielraum zur Ausgestaltung und Anpassung der Tariffähigkeit an die jeweiligen Gegebenheiten, allerdings unter Beachtung der bereits in den früheren Entscheidungen statuierten Limitierung der gesetzlichen Regelungsmöglichkeiten durch die Kernbereichsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG ¹²⁶.

Richtigerweise hat das Bundesverfassungsgericht mit diesen Entscheidungen klargestellt, daß Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit nicht identisch sind, denn es gibt Koalitionen, die kraft Gesetzes tarifunfähig ¹²⁷ oder die tarifunwillig ¹²⁸ sind und daher an der Tarifautonomie nicht partizipieren können,

125) E 20, 312, 317 ff; NJW 1979, 699, 709

126) NJW 1979, 699, 709 mit Hinweis auf E 18,18,27

127) Z.B. der Deutsche Beamtenbund -Art.33 Abs.5 GG: Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.52; Dütz, AuR 1976, 67

128) Die Tarifwilligkeit ist Voraussetzung der Tariffähigkeit: vgl. Wiedemann-Stumpf, §2, Rdn. 10

gleichwohl aber nach allgemeiner Ansicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen¹²⁹. Die Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung verbietet dem Gesetzgeber, Vereinigungen, die satzungsgemäß den Abschluß von Tarifverträgen als Vereinszweck ausschließen, also das geltende Tarif- und Schlichtungsrecht für sich nicht als verbindlich anerkennen, im übrigen aber den Anforderungen an eine Koalition genügen, die Koalitionseigenschaft zu verweigern¹³⁰. Es wurde bereits dargelegt¹³¹, daß Koalitionen mannigfaltige Betätigungsmöglichkeiten außerhalb der Tarifaufonomie besitzen¹³².

" Insgesamt läßt sich mithin nicht annehmen, daß Art. 9 III GG andere Formen einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens als die des Tarifsystems ausschließen will." 133

Zu Recht betonen Wiedemann-Stumpf¹³⁴ daher, daß die Normzwecke des Art. 9 Abs. 3 GG und des § 2 Abs. 1 TVG grundverschieden sind. Art. 9 Abs. 3 GG zwingt die Koalitionen nicht durch eine Unifikation von Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit zur Partizipation an der Tarifaufonomie, sondern enthält im Wege der Gewährleistung der Freiheit koalitions-gemäßer Betätigung lediglich einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber zur Schaffung eines modernen, funktionsfähigen Tarifvertragsrechtes.

129) Für viele BVerfGE 4,96,107; Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.52; Dütz, AuR 1976,67; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.12

130) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.10-12.
Andererseits hat das BVerfG (E 20,312,318 ff) die Tariffähigkeit auch von Innungen und Innungsverbänden, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts keine Koalitionen i.S.d. Art.9 Abs.3 GG sind (Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.135 m.Nachw.; Zöllner, Arbeitsrecht,S.248), bestätigt.

131) Oben B. 1.Teil, 3.Kapitel, 1.Abschnitt, II,1,C.

132) BVerfG NJW 1979,699,710: Kernbereich der Koalitionsbetätigung in Unternehmensmitbestimmung, Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht geschützt.

133) BVerfG NJW 1979,699,710

134) § 2, Rdn. 14

§ 2 Abs. 1 TVG seinerseits regelt die Modalitäten, unter denen tarifwillige Koalitionen an der Tarifautonomie partizipieren dürfen.

Ist demnach die Tariffähigkeit ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 2 Abs. 1 TVG und sind somit über den Koalitionsbegriff hinaus weitere Anforderungen an sie denkbar, so ist stets die vom Bundesverfassungsgericht betonte Kernbereichsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG zu beachten, wonach nur solche Voraussetzungen an die Tariffähigkeit gestellt werden dürfen, die zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens notwendig sind. Es besteht also eine Wechselbeziehung zwischen § 2 Abs. 1 TVG einerseits und Art. 9 Abs. 3 GG andererseits.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist nachfolgend zu untersuchen, ob Verbandsmächtigkeit und Arbeitskampffähigkeit Voraussetzungen der Tariffähigkeit sind.

E. Tariffähigkeit und Verbandsmächtigkeit

a. Rechtsprechung des BAG

Das BAG hat in ständiger Rechtsprechung¹³⁵ die Auffassung vertreten, daß tariffähige Vereinigungen mächtig, d.h. in der Lage sein müssen, wirksamen Druck und Gegendruck einzusetzen, um ihre Aufgabe der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens erfüllen zu können. Der wirkungsvolle Druck und Gegendruck seien nichts anderes als die Mittel zur Herbeiführung einer Friedensordnung¹³⁶. Folge man den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹³⁷, so sei die Notwendigkeit, solche Mittel erforderlichenfalls einzusetzen, unerlässlich¹³⁸, denn die Gegengewichtigkeit der Interessen müsse zum Ausdruck kommen. Solle der Tarifvertrag seine Richtigkeitsgewähr innerhalb der staatlich garantierten Autonomie und außerhalb der gerichtlichen Kontrolle behalten, so müsse eine Gegen- und Gegengewichtigkeit bestehen, die durch das gegenseitige Spiel der Kräfte zum Ausgleich führe¹³⁹. Das bedeute konkret aber nicht, daß die Koalition bereit und in der Lage sein müsse, einen Arbeitskampf zu führen¹⁴⁰; vielmehr müsse sie für die gestellte Aufgabe tauglich, d.h. so mächtig und leistungsfähig sein, daß sich die Gegenspieler veranlaßt sähen, auf Verhandlungen einzugehen, um zum Abschluß eines Tarifvertrages zu kommen¹⁴¹.

135) BAGE 23,320,323; AP Nr. 25 zu § 2 TVG; AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; SAE 1978, 37

136) AP Nr. 25 zu § 2 TVG

137) Gemeint sind die Entscheidungen 4,96,106; 18,18,28

138) AP Nr. 25 zu § 2 TVG

139) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG

140) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; E 23,320,323

141) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG

Mächtig und leistungsfähig sei eine Koalition nur, wenn sie Autorität gegenüber ihrem Gegenspieler und ihren Mitgliedern besitze. Sie müsse ferner von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellte Aufgabe zu erfüllen ¹⁴².

Der Verband müsse daher durch die Zahl seiner Mitglieder oder kraft deren Stellung im Arbeitsleben gegenüber der anderen Seite einen besonderen Einfluß im Sinne eines Druckes ausüben können ¹⁴³ und stark genug sein, den Konflikt mit der Gegenseite überhaupt aufzunehmen ¹⁴⁴.

b. Meinungsstand in der Literatur

Die Rechtsprechung des BAG hat in der Literatur breite Zustimmung gefunden ¹⁴⁵. Dabei werden nicht nur die von der Rechtsprechung herausgestellten Argumente als zutreffend dargestellt; es wird ergänzend hervorgehoben, daß nicht allein die Schaffung einer "kollektiven Ebene" ¹⁴⁶ genüge, sondern daß die Kräfte der Tarifpartner auf dieser Ebene austariert und ihre Waffen geschliffen werden müßten ¹⁴⁷.

142) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG

143) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; AP Nr. 25 zu § 2 TVG; E 23,320,323

144) E 23,320,323; eine Zusammenfassung aller Argumente und eine Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung befindet sich in SAE 1978, 37 ff

145) Badura, EzA Nr. 9 zu Art. 9 GG; Löwisch, ZfA 1970, 295, 309 f; Lieb, S. 105; Herschel, AuR 1976, 225, 237 f; Neuhaus, Sozialer Fortschritt 1976, 246 f; Löwisch, SAE 1972, 231; Dütz, AuR 1976, 79, 80; Söllner, AuR 1976, 321 f; Reuß, RdA 1972, 4, 6; ders. Festschrift Kunze, S. 269, 287; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 261, Fn. 23

146) Gemeint ist damit wohl das Tarifrecht als Teil des kollektiven Arbeitsrechts; vgl. Löwisch, SAE 1972, 231

147) Löwisch, SAE 1972, 231

Der Staat habe bewußt auf das Mittel der Zwangsschlichtung verzichtet; er habe aber bei der Reglementierung der Tariffähigkeit zu bedenken gehabt, daß Tarifauseinandersetzungen im Arbeitskampf enden können. Auf diese Möglichkeiten müßten auch die Sozialpartner ihrer Struktur nach eingestellt sein ¹⁴⁸. Die Verantwortung des Staates für die Gewährleistung "vertragsparitätischer Verhältnisse im Tarifbereich" ¹⁴⁹ werde umso deutlicher, wenn nicht nur der Interessenausgleich der Tarifpartner, sondern darüber hinaus die ordnungspolitische Bedeutung der Tarifaufonomie betrachtet werde. Der Staat dürfe nicht zulassen, daß die im öffentlichen Interesse liegende Wahrnehmung der Tarifaufonomie wegen der Ohnmacht ihrer Träger ausgehöhlt werde; dies umsomehr, als die Tarifparteien eine Fülle ordnungspolitischer Aufgaben zum Schutze der Arbeitnehmer in Betrieb, Gesellschaft und Staat wahrzunehmen hätten ¹⁵⁰. Andernfalls werde die auch im öffentlichen Interesse liegende Wahrnehmung der Arbeitnehmerbelange an Vereinigungen ausgeliefert, die zur sachgerechten Ausübung dieser Funktion nicht in der Lage seien ¹⁵¹.

Neben der Mitgliederzahl sind nach Ansicht von Dütz ¹⁵² als weitere Merkmale der Verbandsmächtigkeit zu berücksichtigen: tariffähige Organisation zur Erfüllung der tariflichen Aufgaben einschließlich der persönlichen und sachlichen Ausstattung, Einrichtungen zur Führung von Tarifverhandlungen und Bereitschaft zur Aufnahme derselben, bisherige Tarifpraxis, Betätigung in sozialer Selbstverwaltung, Schlüsselstellung im Wirtschaftsleben, Gewähr von Rechtsschutz an Mitglieder.

148) Löwisch, SAE 1972, 231

149) So Dütz, AuR 1976, 79

150) Dütz, AuR 1976, 79

151) Dütz, AuR 1976, 80

152) Dütz, AuR 1976, 80, 81

Die Rechtsprechung des BAG ist allerdings auch auf Ablehnung gestoßen ¹⁵³. Das Gericht habe nicht hinreichend geklärt, welche Voraussetzungen an die Gleichgewichtigkeit zu stellen seien ¹⁵⁴. So fehle jeder Maßstab für eine Beurteilung der Verhandlungsparität. Das Vorhandensein ausreichender Druckmittel für die Aufnahme des Konflikts mit der Gegenseite sei einer rechtlichen Bewertung nicht zugänglich ¹⁵⁵. Es müßten die finanziellen Ressourcen für einen Arbeitskampf, die Substituierbarkeit der Arbeitskräfte durch Rationalisierungsmaßnahmen oder die Verlagerung der Produktion in das Ausland sowie die allgemeine Konjunkturlage berücksichtigt werden ¹⁵⁶. Auch sei der Begriff der Verbandsmächtigkeit deswegen nicht justitiabel, weil die Befähigung, Druck auszuüben, letztlich davon abhängе, ob es der Gruppe gelänge, im Falle eines Arbeitskampfes hinreichend Gefolgschaft zu finden ¹⁵⁷. Dies sei nicht vorausberechenbar.

Man könne kein künstliches Machtgleichgewicht schaffen, sondern nur im nachhinein einzelnen Vereinbarungen wegen fehlenden Machtgleichgewichts die Wirksamkeit absprechen ¹⁵⁸. Auch im allgemeinen bürgerlichen Recht lasse sich die mangelnde Gleichgewichtigkeit nur anhand des Vertragsinhaltes beurteilen ¹⁵⁹.

153) ArbG Stuttgart, EzA Nr.9 zu Art.9 GG; Kraft, SAE 1978, 43,44; Zöllner, SAE 1969, 140; Säcker, AR-Blattei Tarifvertrag II, A,II, Abschluß, Tariffähigkeit und Tarifizuständigkeit unter I,2a; Wiedemann-Stumpf, § 1, Rdn.96, 97 und § 2, Rdn.195; Mayer-Maly, RdA 1966, 201,204; Stahlhacke, Betrieb 1964,697; Reichel, RdA 1972,148,149; Grunski,JZ 1977,473; Wolf, ZfA 1971,175; unentschieden Mayer-Maly, AP Nr.25 zu § 2 TVG

154) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

155) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

156) Wiedemann-Stumpf, § 1, Rdn. 96

157) Zöllner, SAE 1969,140; Kraft, SAE 1978, 44

158) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.195

159) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

Zudem könne die Gegenseite auch geneigt sein, mit einem kleinen neuen Verband einen Tarifvertrag abzuschließen, wenn sie ihn für wichtig genug halte, gleichviel, aus welchen Erwägungen heraus ¹⁶⁰. Wolle man solch kleinen Verbänden von vornherein die Tariffähigkeit vorenthalten, so seien sie gezwungen, den Gegner sofort mit allen Mitteln zu attackieren, um ihre Macht zu demonstrieren ¹⁶¹. Wer mit der negativen Koalitionsfreiheit die grundrechtlich geschützte Freiheit besitze, einer Koalition ganz fernzubleiben, der müsse sich auch für einen schwachen Beschützer entscheiden können ¹⁶².

c. Stellungnahme

Das Merkmal der Verbandsmächtigkeit gehört zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit, sofern es zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens durch Tarifverträge unerlässlich ist ¹⁶³.

Dies scheint auf den ersten Blick ohne weiteres der Fall zu sein unter Berücksichtigung des Leitgedankens des BAG, daß ein gerechter Interessenausgleich im Sinne einer "Richtigkeitsgewähr" des Tarifvertrages nur zwischen Tarifvertragsparteien vollzogen werden könne, die zur nachhaltigen Vertretung ihrer Interessen in der Lage seien ¹⁶⁴. Der Gedanke, das freie Spiel der Kräfte gleichstarker Verbände führe zum gerechten Kompromiß und damit zur Befriedung des Arbeitslebens, scheint auf den ersten Blick zwingend zu sein. Bedenken hiergegen tauchen jedoch bei dem Versuch auf, die Begriffe "Richtigkeitsgewähr" und "gerechter Interessenausgleich" juristisch zu erfassen.

160) Reichel, RdA 1972, 149

161) Grunski, JZ 1977, 473, 474

162) Grunski, JZ 1977, 473

163) Oben B. 1. Teil, 3. Kapitel, 1. Abschnitt, II, 1, D, b

164) So zuletzt in SAE 1978, 37, 40, 41

Die Verbandsmächtigkeit der Tarifparteien als Wirksamkeitserfordernis des konkreten Tarifvertrages ist zu unbestimmt, um justitiabel zu sein ¹⁶⁵.

Das Kräfteverhältnis der Vertragspartner kann nicht abstrakt festgestellt werden, sondern allenfalls durch den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages zum Ausdruck kommen ¹⁶⁶. Dem Vertragsrecht ist eine absolute "Richtigkeitsgewähr" im Sinne einer "Gerechtigkeitsgewähr" jedoch fremd; vielmehr beinhaltet die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs.1 GG) einen breiten Spielraum, in welchem die Vertragspartner über die wirtschaftliche "Richtigkeit" der Vertragsbedingungen eigenständig, unabhängig und abschließend entscheiden können. Erst an den Vorschriften der §§ 134, 138, 242, 826 BGB u.a. findet der Toleranzbereich privatautonomer Rechtsgestaltung seine Grenzen ¹⁶⁷.

Das bedeutet, daß die "Richtigkeit" bzw. der "gerechte Interessenausgleich" des Vertrages allenfalls an den gesetzlichen Mindestanforderungen eines rechtmäßigen Rechtsgeschäftes gemessen werden kann, mit der Konsequenz, daß nicht die fehlende Tariffähigkeit der Koalitionen als solche, sondern nur die Unzulässigkeit der Tarifvereinbarung im Einzelfall der richterlichen Feststellung unterliegt ¹⁶⁸.

165) Kraft, SAE 1978,44; Zöllner, SAE 1969, 140

166) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

167) Bartholomeycik, AcP 166, S. 53, 64 ff, 67

168) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

Auch ein Vergleich der auf beiden Seiten vorhandenen Druckmittel ist nicht möglich. Besteht schon Uneinigkeit darüber, welche Merkmale, Tatsachen oder Verhältnisse den Charakter eines Druckmittels in tarifrechtlichem Sinne haben ¹⁶⁹, so fehlt jeder Maßstab für eine Prüfung, welche dieser Druckmittel auf der einen oder der anderen Seite Übergewichtig sind. Insbesondere ist eine Beurteilungsgrundlage der Frage, wann Macht und Gegenmacht ein solches Maß an Diskrepanz erreicht haben, daß von einer "Richtigkeit" oder "Gerechtigkeit" des abgeschlossenen Vertrages nicht mehr ausgegangen werden kann, nicht vorhanden ¹⁷⁰.

Überdies haben die Befürworter der Verbandsmächtigkeit bislang nicht dargetan, ob diese Mächtigkeit an absoluten Kriterien oder relativ in Bezug auf andere Koalitionen respektive den sozialen Widerpart zu messen ist. So vermochte auch das BAG den Tatbestand des Erfordernisses der Verbandsmächtigkeit nicht eindeutig zu umschreiben. Wenn das Gericht ¹⁷¹ ausführt, eine Koalition müsse, um Druck ausüben zu können, für die ihr gestellten Aufgaben tauglich, d.h. mächtig und leistungsfähig sein, wobei letzteres gegeben sei, wenn sie Autorität nach außen gegenüber ihren Gegenspielern und auch gegenüber ihren Mitgliedern besitze und darüber hinaus vom organisatorischen Aufbau her in der Lage sei, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen, so wird nur ein juristisch nicht faßbarer Begriff durch einen anderen ersetzt. Ungeklärt bleibt, wann eine Koalition Autorität nach innen und außen besitzt. Auch die von Dütz ¹⁷² formulierten Merkmale sind für eine Definition ungeeignet, da sie entweder die Tariffähigkeit schon voraussetzen ¹⁷³, von jeder

169) Einerseits BAG SAE 1978,40,41; andererseits Dütz,AuR 1976, 80,81; vgl. auch Reuß, RdA 1972,5,6

170) Im Ergebnis ebenso Kraft, SAE 1978,44; Zöllner,SAE 1969, 140

171) Zuletzt in SAE 1978, 41

172) AuR 1976,80,81

173) "Tariffähige Organisationen...."

Koalition unabhängig von ihrer Mächtigkeit erfüllt werden können ¹⁷⁴ oder von neu gegründeten Koalitionen nicht erfüllbar sind ¹⁷⁵.

Dem Einwand von Dütz ¹⁷⁶, unsere Rechtsordnung verwende eine Vielzahl unbestimmt gefaßter Rechtsbegriffe, die dadurch nicht unanwendbar seien, sondern zur Herleitung praktikabler Differenzierungen verpflichteten, ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber mit der Schaffung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe zugleich einen Auftrag an die Gerichte erteilt, diese Begriffe unter Beachtung der in der Gesamtheit unserer Rechtsordnung enthaltenen Wertentscheidungen zu konkretisieren ¹⁷⁷. Unsere Rechtsordnung enthält aber keinerlei Bewertungsmaßstäbe für das Merkmal der Verbandsmächtigkeit. Dieses bezieht sich vielmehr auf rein faktische Verhältnisse, die ständigen Schwankungen unterworfen sind und für die ebenfalls Bestimmbarkeitskriterien fehlen.

Darüber hinaus vertritt Grunsky mit Recht die Ansicht ¹⁷⁸, daß es sich auf die arbeitsrechtliche Stellung des einzelnen Arbeitnehmers nachteilig auswirken würde, kleinen Koalitionen die Tariffähigkeit vorzuenthalten, da in diesem Falle auf den Einzelarbeitsvertrag als

174) "Einrichtungen zur Führung von Tarifverhandlungen und Bereitschaft zur Aufnahme derselben ..." - wobei die Bereitschaft zur Aufnahme von Tarifverhandlungen ohnehin durch das Merkmal der Tarifwilligkeit Voraussetzung der Tariffähigkeit ist: vgl. Kraft, SAE 1978, 45 m.Nachw.

175) "Bisherige Tarifpraxis, Betätigung in sozialer Selbstverwaltung, Schlüsselstellung im Wirtschaftsleben ..." - wobei auch hier ein Widerspruch darin besteht, daß eine Koalition ohne "bisherige Tarifpraxis" nicht tariffähig sein, ohne Tariffähigkeit aber auch keine Tarifpraxis erwerben können soll. Unklar bleibt zudem, was unter einer "Schlüsselstellung im Wirtschaftsleben" zu verstehen ist.

176) AuR 1976, 75

177) Ebenso Kraft, SAE 1978, 44

178) JZ 1977, 473

Regelungsinstrument der Rechtsbeziehung Arbeitgeber - Arbeitnehmer rekuriert werden müßte. So konnte die Rechtsprechung des BAG das Argument nicht widerlegen, daß für den Arbeitnehmer ein -wenn auch kleiner- Schutz im Rahmen einer schwachen, aber tariffähigen Koalition nicht weniger effizient ist als die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen unmittelbar mit dem Arbeitgeber auszuhandeln. Wenn nach Ansicht des BAG eine "machtlose" Koalition tarifunfähig sein soll, weil sie zu einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nicht in der Lage ist, so vermag der Einzelarbeitsvertrag diese Aufgabe sicherlich in keinem Falle besser zu erfüllen.

Die weitere Konsequenz der These, das Arbeitsleben könne sinnvoll nur durch mächtige Koalitionen geordnet werden, ist die Notwendigkeit der Übertragung des Erfordernisses der Mächtigkeit auch auf Einzelarbeitgeber¹⁷⁹. Dies steht aber im klaren Gegensatz zum Wortlaut des § 2 Abs.1 TVG, der den Einzelarbeitgeber unabhängig von dessen Mächtigkeit zum sozialen Gegenspieler der Gewerkschaften erklärt¹⁸⁰.

Den Ausführungen des BAG¹⁸¹, Mächtigkeit bedeute die Fähigkeit, Druck auszuüben, um so zur Aufnahme und zum Abschluß von Tarifverhandlungen zu kommen, wobei diese Druckausübung nichts mit dem Arbeitskampf zu tun habe,

179) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 195

180) So hat auch das BAG (GS AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf) die Frage ausdrücklich offengelassen, ob ein kleiner Arbeitgeber, der nicht zur Ausübung von Druck in der Lage ist, tariffähig ist

181) SAE 1978, 40

begegnen in zweierlei Hinsicht Bedenken. Zum einen bemerkt Reichel ¹⁸² zu Recht, daß eine Tarifvertragspartei, gleichviel aus welchen Erwägungen heraus, geneigt sein kann, auch mit einem "machtlosen" Verband einen Tarifvertrag abzuschließen. In konsequenter Anwendung der vom BAG erstellten Grundsätze müßte ein solcher Tarifvertrag nichtig sein, da der Verband den Vertragsabschluß zwar erreicht hat, jedoch "machtlos" und damit tarifunfähig ist. Die Folge der Auffassung des BAG ist eine starke Rechtsunsicherheit über Wirksamkeit oder Nichtigkeit der mit kleineren Verbänden abgeschlossenen Tarifverträge.

Zum anderen beinhaltet der Begriff "Druck" die Inaussichtstellung von Nachteilen für den Fall der Unnachgiebigkeit. Druck kann nur durch Drohung mit Sanktionen gegenüber dem Vertragsgegner ausgeübt werden. Da Sanktionen im Sinne des Arbeitsrechts Arbeitskampfmaßnahmen sind, wird in der Literatur vielfach das Merkmal der Machtgleichgewichtigkeit synonym mit dem Begriff der Arbeitskampfgleichgewichtigkeit gebraucht ¹⁸³.

Eine Abgrenzung zwischen Druckausübung im Sinne der Verbandsmächtigkeit und Drohung mit Arbeitskampfmaßnahmen ist in der Tat nicht möglich. Es ist kaum vorstellbar, daß sich ein Arbeitgeber einem umfassenden Forderungskatalog der Gewerkschaftsseite gegenüber verhandlungsbereit zeigen würde, wenn nicht das wesentliche und entscheidende Druckmittel des Streiks hinter diesen Forderungen stünde, zumal es einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf die Aufnahme von Tarifverhandlungen und den Abschluß von Tarifverträgen nicht gibt ¹⁸⁴.

182) RdA 1972, 149

183) Zöllner, Parität, S.24 ff; Gelder, AuR 1969,207; Wolf, ZfA 1971, 155 ff; Bötticher, S.5 ff; Rüthers, JurA 1970, 103 ff

184) BAGE 14, 282; Kraft, SAE 1978, 44

In der Gesamtschau ergibt sich demnach, daß das Merkmal der Verbandsmächtigkeit weder justitiabel noch von der Sache her geeignet ist, tariffähige von nicht tariffähigen Koalitionen zu trennen und damit für eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens zu sorgen. Verbandsmächtigkeit ist mithin als Voraussetzung der Tariffähigkeit abzulehnen.

F. Tariffähigkeit und Arbeitskampffähigkeit

Die Arbeitskampffähigkeit ¹⁸⁵, d.h. die rechtliche Freiheit, einen legitimen Arbeitskampf zu führen, genießt als Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalition verfassungsrechtlichen Schutz ¹⁸⁶. Sie gewährt den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, durch die Drohung mit Arbeitskämpfen und die Durchführung derselben Druck auf den sozialen Widerpart auszuüben, um den eigenen Forderungen bezüglich des Abschlusses und Inhalts von Tarifverträgen Nachdruck zu verleihen.

185) Den Begriff gebrauchen: Wolf, ZfA 1971,172 Fn. 76; Reuß, RdA 1972,6. Ramm, JuS 1966,230, der speziell den Streik behandelt, spricht von Streikfähigkeit

186) Maunz-Dürig-Scholz, Art.9, Rdn.313; Brox-Rüthers, S.43; Rüthers, JurA 1970,92; beide mit zahlr.Nachw. Nach überkommener Lehre sollte das Recht zum Arbeitskampf aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs.1 GG herrühren: vgl. die Nachw. bei Lerche, S. 43 Fn. 146

Die vorangegangenen Ausführungen über das Merkmal der Verbandsmächtigkeit haben gezeigt, daß sich die Fähigkeit einer Koalition, Druck und Gegendruck auszuüben, letztlich im Bereich der Arbeitskampfmaßnahmen manifestiert ¹⁸⁷. Es stellt sich demnach die Frage, ob die Arbeitskampffähigkeit ein so wesentlicher Faktor zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens durch Tarifverträge ist, daß sie als konstitutives Merkmal der Tariffähigkeit angesehen werden muß.

a) Bedeutung der Arbeitskampffähigkeit für die Tariffähigkeit der Gewerkschaften

Soweit in Rechtsprechung und Literatur zur Frage des Verhältnisses von Arbeitskampffähigkeit und Tariffähigkeit Stellung genommen wurde, erschöpfen sich die Ausführungen überwiegend in der Feststellung, daß im Falle der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen Koalitionen auch ohne Arbeitskampffähigkeit tariffähig seien ¹⁸⁸.

Demgegenüber wird verschiedentlich darauf hingewiesen ¹⁸⁹, nur arbeitskampffähigen Vertragsparteien könne die Tariffähigkeit zukommen.

Zumindest spricht für die letztgenannte Ansicht die geschichtliche Entwicklung des Tarifvertragsrechtes, welches aus dem Arbeitskampfgedanken heraus entstanden ist.

187) Kraft, SAE 1978,44; Zöllner,SAE 1969,140; wohl auch Löwisch, SAE 1972,231

188) BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG; Nr.6 zu § 118 BetrVG; einschränkend LAG Frankfurt,AP Nr.26 zu § 2 TVG; Hueck-Nipperdey,II,1, S.436; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn.41; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.189 (fehlende Arbeitskampf-bereitschaft kraft Gesetzes)

189) Reuß, RdA 1972,4,6; Wolf,ZfA 1971,S.172 Fn.76; Ramm, JuS 1966, 230 (Streikfähigkeit)

Wesentlicher Grundsatz der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu machtvollen Gewerkschaften erstarkten Arbeitervereinigungen war der Klassenkampfgedanke, der jede partnerschaftliche Beziehung zum Unternehmer ablehnte und die Lösung von Arbeitskonflikten einzig im Streik mit dem Ziel des Abschlusses von Einzelarbeitsverträgen suchte¹⁹⁰. Der Versuch, ein Tarifvertragsrecht einzuführen, um so vom problematischen Einzelarbeitsvertrag zum Kollektivvertrag zu kommen, mußte daher zunächst an der ablehnenden Haltung der Gewerkschaften scheitern. Zwar wurde 1873 der erste Tarifvertrag im Buchdrucker-gewerbe abgeschlossen, jedoch fand dieser Vorgang in den Gewerkschaftsbewegungen vorwiegend ein negatives Echo¹⁹¹ und blieb ohne nennenswerte Nachfolger¹⁹². Jedoch wuchs bei den Führern der Gewerkschaftsbewegungen allmählich das Bewußtsein¹⁹³, daß der Klassenkampfgedanke kein geeignetes Mittel auf dem Wege zur Erreichung angemessener Arbeitsbedingungen war¹⁹⁴. Dies hatte zur Konsequenz, daß auf dem dritten Gewerkschaftstag der freien Gewerkschaften in Frankfurt/M. im Jahre 1899 die Einführung des Tarifvertragswesens

- 190) Dazu Hueck-Nipperdey, II,1,S.213,214 Fn.2; Braun, S.64; Huber II,S.1153; vgl. die Resolution der sozialdemokratischen Arbeiterpartei auf dem Erfurter Gewerkschaftskongreß am 15.6.1872, abgedruckt bei Herbig, S.59 und Kern,S. 26
- 191) Vgl. Herbig, S.60: Manche bezeichneten diesen Tarifvertrag als Verrat an den eigenen Gewerkschaftsfreunden. Auch die Arbeitgeberseite verhielt sich ablehnend.
- 192) Bereits 1848 hatten die Buchdrucker einen Tarifvertrag verlangt, doch war dies an der ablehnenden Haltung der Arbeitgeber gescheitert: Hueck-Nipperdey,II,1,S.213 Fn.2
- 193) Nicht zuletzt dadurch, daß aufgrund der ständigen Streiks und Unruhen das "Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie" v.21.10.1878 (Sozialistengesetz) erlassen worden war, welches sich indirekt gegen die Gewerkschaftsbewegung richtete; vgl. Abendroth, S.52; Herbig, S.60; Huber II,S. 1170, 1171, 1175 f
- 194) Zur Entwicklung: Braun, S.64; Huber, II,1253; Hueck-Nipperdey, II,1,S.214 Fn.2; Nikisch,II,S.197;

fast einstimmig beschlossen wurde¹⁹⁵. Die Arbeitgeberseite verhielt sich zunächst weiter ablehnend¹⁹⁶, da sie den Abschluß von Tarifverträgen als "Maßnahme der Gleichberechtigung" von Produktionsmitteln und Arbeit nicht anerkennen und eine vertragliche Beziehung mit Organisationen der Arbeitnehmerschaft vermeiden wollte. Der ständig steigende Druck in Form permanenter Arbeitskämpfe der nunmehr gut organisierten Arbeitnehmerverbände veranlaßte die Unternehmer jedoch 1904 zur Bildung von Arbeitgebervereinigungen¹⁹⁷, die -wenn auch widerstrebend- den Tarifvertrag als einziges Mittel zur Verhinderung von Massenstreiks anerkannten¹⁹⁸. Damit wurde der Tarifvertrag aufgrund der Kampfmaßnahmen kampffähiger Arbeitervereinigungen zum festen Bestandteil des kollektiven Arbeitsrechts.

Diese Entwicklung verdeutlicht die Bedeutung des Arbeitskampfes als Druckmittel der Gewerkschaften auf die Arbeitgeberseite. Es kann nicht geleugnet werden, daß die Drohung mit Arbeitskämpfen und die Durchführung von Kampfmaßnahmen entscheidendes Kriterium für die Bereitschaft der Arbeitgeber zur Aufnahme von Tarifverhandlungen und zum Abschluß von Tarifverträgen ist¹⁹⁹.

- 195) Der Beschluß lautete: "Tarifliche Vereinbarungen, welche die Lohn- und Arbeitsbedingungen für eine bestimmte Zeit regeln, sind als Beweis der Anerkennung der Gleichberechtigung der Arbeiter seitens der Unternehmer bei Festsetzung der Arbeitsbedingungen zu erachten und in den Berufen erstrebenswert, in welchen sowohl eine starke Organisation der Unternehmer wie auch der Arbeiter vorhanden ist, welche eine Gewähr für Aufrechterhaltung und Durchführung des Vereinbarten bieten. Dauer und Umfang der jeweiligen Vereinbarungen lassen sich nicht schematisieren, sondern hängen von den Eigenarten des betreffenden Berufes ab". Zitiert nach Huber, II, S.1254.
- 196) Vgl. Huber, II, S.1253; Braun, S.64; Hueck-Nipperdey, II, 1, S.214 Fn.2; Seidel, Gewerkschaftsbewegung in Deutschland, S.38
- 197) Herbig, S.74; Huber, II, S.1254; Vietinghoff-Scheel, S.132; Anlaß war der Crimmitschauer Textilarbeiterstreik 1903, bei dem die Arbeiter 5 Monate lang streikten und hierbei durch die Gewerkschaften mit 13 Millionen RM unterstützt wurden; vgl. dazu Wachenheim, S.386 ff
- 198) Huber, II, S.1254
- 199) BVerfGE 18,18,30; BAG, BB, Beilage 4/1980, S.4

" Diese Bedeutung der Kampfwilligkeit wird nicht durch die Erfahrungstatsache infrage gestellt, daß die ganz überwiegende Zahl der Tarifverträge durch eine friedliche Übereinkunft der Tarifpartner zustandekommt; denn auch hinter einer solchen friedlichen Übereinkunft kampfwilliger Koalitionen steht letztlich in der Regel doch die Drohung mit dem Arbeitskampf. " 200

Die Relevanz der Arbeitskampffähigkeit für die Gewerkschaften wird auch nicht durch die Möglichkeit der Massenänderungskündigung auf Arbeitnehmerseite, also der Änderungskündigung ihrer Arbeitsverhältnisse durch eine Vielzahl von Arbeitnehmern mit dem Ziel der Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen, gemindert, da diese Art der Kündigung kein alternatives Druckmittel zu Kampfmaßnahmen darstellt.

Es ist umstritten, ob die Massenänderungskündigung wegen ihres Kollektivcharakters nicht auch als Mittel des Arbeitskampfes auf Arbeitnehmerseite zu qualifizieren ist ²⁰¹. Es bedarf hier jedoch keiner weiteren Auseinandersetzung mit dieser Streitfrage, da die Massenänderungskündigung jedenfalls die ihr zugeordnete Funktion als Druckmittel zur tarifvertraglichen Einigung nicht erfüllen und daher kein Surrogat für die Arbeitskampffähigkeit der Gewerkschaften sein kann ²⁰².

Der kollektiv-arbeitsrechtlichen Ebene kann diese Form der Kündigung nicht zugerechnet werden ²⁰³, da sie kein Druckmittel in der Hand der Gewerkschaften ist. Kündigen können ihre Arbeitsverträge nur die Einzelarbeitnehmer, nicht aber die Gewerkschaften, da sie nicht Vertragspartner sind. Die Massenänderungskündigung kann auch nicht in einer dem Streik vergleichbaren Weise

200) BVerfGE 18,18,30 spricht hier von kampfwilligen Koalitionen, da es über die in dieser Untersuchung nicht interessierende Frage der Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit zu entscheiden hatte.

201) Vgl. zum Meinungsstand Zöllner, RdA 1969, 250 f.; Brox-Dudenbostel, Betrieb 1979, 1841 f.

202) In anderem Zusammenhang und an anderer Stelle stellt sich die Frage, ob die Massenänderungskündigung auf Arbeitgeberseite als Kampfmittel ein Surrogat für die Aussperrung ist; vgl. dazu unten B. 1. Teil, 3. Kapitel, 1. Abschnitt, II, 1, F, b, bb, ddd

203) H.M. vgl. Kraft, RdA 1968, 286, 287 sowie die Nachw. bei Brox-Dudenbostel, Betrieb 1979, 1842

organisiert werden ²⁰⁴, da es nicht auf die Willensbildung innerhalb der gewerkschaftlichen Organisation (Streikandrohung, Beschluß, Urabstimmung, Streikaufruf), sondern auf die Willensentscheidung jedes einzelnen Arbeitnehmers ankommt, der die Kündigung dem Arbeitgeber gegenüber aussprechen muß. Da die Massenänderungskündigung demnach eine im individualarbeitsrechtlichen Bereich angesiedelte Maßnahme ist ²⁰⁵, entfällt zugleich die Möglichkeit, durch eine solche Kündigung den Abschluß eines Tarifvertrages zu erreichen. Die Einzelarbeitnehmer sind nicht tariffähig, können also einen rechtswirksamen Tarifvertrag nicht abschließen. Sie können über eine Massenänderungskündigung allenfalls die Änderung ihrer Individualarbeitsverträge bewirken. Die Gewerkschaften wiederum, die einen Tarifvertrag mit den Arbeitgebern schließen könnten, sind nicht Verhandlungspartner im Falle der Änderungskündigung. Die Zielsetzung der Massenänderungskündigung (Abschluß eines Tarifvertrages) und deren Wirkung (Änderung der Individualarbeitsverträge bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses) sind folglich miteinander nicht in Einklang zu bringen.

Es besteht daher im Ergebnis Einigkeit darüber, daß die Massenänderungskündigung kein geeignetes Druckmittel zur Herbeiführung eines Tarifvertrages ist, wobei die Begründungen divergieren. Das BAG ²⁰⁶ sieht die auf den Abschluß eines Tarifvertrages gerichtete Massenänderungskündigung seitens der Arbeitnehmer als wilden Streik und damit als rechtswidrig an, Rüthers ²⁰⁷ erachtet sie aus diesem Grunde als "Funktionsüberschreitung" der Kündigung für unzulässig, Seiter ²⁰⁸ spricht

- 204) Rüthers, Betrieb 1970, 2120, 2126 hält eine gewerkschaftliche Organisation der Massenänderungskündigung im Falle des Bestehens eines Tarifvertrages wegen Verstoßes gegen die Friedenspflicht für unzulässig. Ebenso BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- 205) Für viele Kraft, RdA 1968, 287. A.A. zu Unrecht Weller, AuR 1967, 80 und Ramm, BB 1964, 1174
- 206) AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- 207) Betrieb 1970, 2120, 2126
- 208) Streikrecht, S. 415, Fn. 151

ihr die Wirksamkeit ab, weil sie vom Arbeitgeber etwas Unmögliches verlange, und Kraft ²⁰⁹ hält sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel für unpraktikabel.

Die Massenänderungskündigung ist also kein taugliches Surrogat für das Druckmittel des Arbeitskampfes, ohne das die Tarifaautonomie nicht funktionsfähig ist ²¹⁰. Hängen Abschluß und Konditionen eines Tarifvertrages vom good-will der Arbeitgeberseite ab, so wird das Funktionieren des Tarifvertragssystems illusorisch ²¹¹. Unter Berücksichtigung der in Rechtsprechung und Lehre einhellig geäußerten Auffassung, daß nur solchen Koalitionen, die zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens durch Tarifverträge in der Lage sind, die Tariffähigkeit zukommen soll ²¹², ist es daher geboten, die Tariffähigkeit auf solche Arbeitnehmervereinigungen zu beschränken, die arbeitskampffähig und damit fähig zur Druckausübung sind ²¹³.

209) RdA 1968,286,288; ebenso Brox-Dudenbostel, Betrieb 1979, 1844

210) Diese Bedeutung des Arbeitskampfes sieht auch Zöllner, Arbeitsrecht, S. 86

211) Vgl. Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 108, die dies an anderer Stelle (S. 436) aber offenbar verkennen

212) Für viele BVerfGE 18, 18, 28

213) So sieht die h.M. auch die Arbeitskampfbereitschaft, also die Bereitschaft, einen zulässigen Arbeitskampf als ultima ratio durchzuführen, als Voraussetzung der Tariffähigkeit der Gewerkschaften an: BAG E 4, 351; AP Nr. 13 zu § 2 TVG; Nr. 6 zu § 118 BetrVG; ebenso LAG Frankfurt, AP Nr. 26 zu § 2 TVG; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2 Rdn. 40; Löwisch, ZfA 1970, 309; ders. RdA 1969, 132; Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 108, 109; Kaskel-Dersch, S. 53; Biedenkopf, S. 148; Reuß, Festschrift Kunze, S. 281; Herschel, JZ 1965, 85; Kunze, BB 1964, 1311; Schelp, AuR 1954, 74; Dersch-Volkmar, § 10, Rdn. 5 b, kk.

A.A. Mayer-Maly, SAE 1964, S. 197, 198; Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG; Dietz, Grundrechte, S. 440; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, II, S. 375; Schnorr, Öffentliches Vereinsrecht, S. 248; Nikisch II, S. 255; ders. SAE 1964, 143; Wiedemann-Stumpf, § 2 Rdn. 191; Reichel, RdA 1965, 13; ders. anders, aber zweifelnd RdA 1963, 303; Kettner, ArbG 1964, 256; Frey, AuR 1957, 126

Die Rechtsprechung des BAG ist demzufolge in sich widersprüchlich, wenn einerseits wiederholt betont wird, daß der Arbeitskampf als Institution für die Tarifaufonomie vorausgesetzt werde, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären²¹⁴, so daß der Arbeitskampf das letzte Mittel sei, um einer Tarifvertragspartei die Durchsetzung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, und damit ein notwendiger Sinnzusammenhang zwischen dem Koalitionszweck, der Ablehnung der Zwangsschlichtung und dem Bekenntnis zum Arbeitskampf bestehe²¹⁵, andererseits aber auch solche Vereinigungen als tariffähig angesehen werden, denen die Arbeitskampffähigkeit fehlt²¹⁶. Folglich vermag das BAG keine Begründung dafür zu geben, wie der Abschluß eines Tarifvertrages im Falle der Unnachgiebigkeit der Arbeitgeberseite erreichbar ist.

Unverständlich ist auch der Beschluß des LAG Frankfurt²¹⁷, in welchem die Streikfähigkeit "grundsätzlich als eine Voraussetzung der Tariffähigkeit angesehen", sie aber als "im vorliegenden Falle von untergeordneter Bedeutung" bezeichnet wird. Es würde eine unerträgliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen, die rechtliche Relevanz eines Tatbestandsmerkmals vom Einzelfall abhängig zu machen. Wird daher die Streikfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit gefordert, so ist ihr nicht nur grundsätzlich, sondern es muß ihr in jedem Falle die Qualität eines Tatbestandsmerkmals beigemessen werden. Wird die Streikfähigkeit dagegen als von untergeordneter Bedeutung erachtet, so darf sie als Voraussetzung nicht gefordert werden.

214) BAG, NJW 1980, 1642, 1643

215) AP Nr. 13 zu § 2 TVG

216) AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG bez. Marburger Ärztebund

217) AP Nr. 26 zu § 2 TVG

Diese fehlerhafte Gerichtsentscheidung verdeutlicht, daß die herrschende Meinung sich zum einen scheut, die Bedeutung und Tragweite des Merkmals der Arbeitskampffähigkeit zu erkennen und zu artikulieren, zum anderen nicht in der Lage ist, zu begründen, wie ohne die Arbeitskampffähigkeit das Zustandekommen eines Tarifvertrages realisiert werden kann.

Wenngleich hinter jeder Tarifverhandlung, auch wenn sie in "wirtschaftsfriedlichem" Rahmen zum Abschluß führt, letztlich die Drohung mit dem Arbeitskampf steht, so ist diese Drohung keineswegs in jedem Tarifkonflikt unausweichlich ²¹⁸. Zu Recht weist Nikisch ²¹⁹ auf das Bewußtsein der Tarifvertragsparteien hin, daß ein bereitwilliges Eingehen auf die Forderungen der Gegenseite wirtschaftlich vernünftiger ist als ein Arbeitskampf. Den Gewerkschaften verbleibt aber keine Möglichkeit der nachhaltigen Einflußnahme auf den sozialen Widerpart, um ihn zur Aufnahme von Verhandlungen und zum Abschluß eines Tarifvertrages zu bewegen, wenn sie Streikmaßnahmen aufgrund der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Arbeitskampfes nicht ergreifen dürfen und folglich auch nicht mit diesem Druckmittel drohen können. Sie sind in diesem Falle zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens durch Tarifverträge nicht in der Lage und damit nicht tariffähig. Dies bedeutet, daß das Merkmal der Arbeitskampffähigkeit ein notwendiges Erfordernis der Tariffähigkeit der Gewerkschaften gemäß § 2 Abs. 1 TVG darstellt.

218) So wohl auch Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG

219) SAE 1964, 143, 144

b) Bedeutung der Arbeitskampffähigkeit für die
Tariffähigkeit der Arbeitgebervereinigungen

aa. Die Problematik des Verhältnisses von
Arbeitgebereigenschaft und Kampffähigkeit

Nach den vorangegangenen Erörterungen liegt die Schlußfolgerung nahe, die Arbeitskampffähigkeit aus den vorgenannten Gründen der Funktionsfähigkeit der Tarifaautonomie auch zur Voraussetzung der Tariffähigkeit der Arbeitgebervereinigungen zu erheben. Arbeitskampffähigkeit auf Arbeitgeberseite kann jedoch nur dann verlangt werden, wenn unsere Rechtsordnung Maßnahmen des Arbeitskampfes seitens der Arbeitgeber überhaupt zuläßt, wenn also die in Art. 9 Abs.3 GG geschützte Arbeitskampffreiheit auch für die Arbeitgebervereinigungen gilt. Dies ist insofern problematisch, als der Arbeitgeberseite in zunehmendem Maße das Recht bestritten wird, Arbeitskampfmaßnahmen -speziell das Kampfmittel der Aussperrung- ergreifen zu dürfen²²⁰. Der Grund hierfür ist im wesentlichen darin zu sehen, daß die Rolle der Arbeitgeber in der Tarifaauseinandersetzung eine andere ist als die der Gewerkschaften, welche als fordernde Parteien a limine in die Offensive gedrängt sind und die, wie ausführlich dargelegt wurde, notwendigerweise kampffähig sein müssen. Der defensive Charakter der Arbeitgeberfunktion im Tarifkonflikt läßt das Erfordernis, über das Kampfmittel der Aussperrung verfügen zu dürfen, nicht in gleicher Weise offensichtlich erscheinen, wie dies hinsichtlich des Streikrechts auf Gewerkschaftsseite der Fall ist. Aus diesem Grunde ist die Frage der Zulässigkeit der Aussperrung in jüngerer Zeit zum zentralen Problem des Arbeitskampfes geworden und wurde nunmehr erneut vom Bundesarbeitsgericht entschieden²²¹.

220) Zuletzt Zachert, AuR 1980, 43 ff

221) Urteile vom 10.6.1980, abgedruckt in NJW 1980, 1642 ff

Um Aussagen über die Kampffähigkeit und damit auch über die Frage der Tariffähigkeit der Arbeitgeberkoalitionen machen zu können, ist die Untersuchung der Rechtmäßigkeit der Aussperrung erforderlich.

Es würde jedoch den Rahmen und die Thematik der Arbeit sprengen, die Frage der Zulässigkeit der Aussperrung in ihrer ganzen Vielschichtigkeit darstellen und erörtern zu wollen. Daher soll nachfolgend in der gebotenen Kürze der Meinungsstand mit den wesentlichen Argumenten aufgezeigt werden sowie die eigene Stellungnahme hierzu erfolgen.

bb. Die Rechtmäßigkeit der Aussperrung

Der Angriffsaussperrung, mit der die Arbeitgeberseite nicht wie bei der Abwehraussperrung lediglich auf Kampfmaßnahmen der Gewerkschaften antwortet, sondern eigene Ziele kampfwise verfolgt, kommt in der Praxis keine Bedeutung zu ²²².

Der Streit um die Zulässigkeit der Aussperrung ist also letztlich der Streit um das Recht der Arbeitgeberseite, durch die Abwehraussperrung auf Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaften zu reagieren. Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation von Rechtsprechung und Lehre zu verstehen.

222) Zöllner, Arbeitsrecht, S.288; Bertelsmann, S.100: von 67 Aussperrungen zwischen 1949 und 1978 erfolgte nur 1 ohne vorherigen oder parallelen Streik.

aaa. Rechtsprechung des BAG

In zwei Grundsatzentscheidungen hat der Große Senat des BAG ²²³ zu der Frage der Zulässigkeit der Aussperrung Stellung genommen und diese bejaht ²²⁴.

Die Verhältnismäßigkeit der Kampfmittel und der Gleichheitsgrundsatz geböten es, in dem vom Staat geschaffenen Freiraum zur autonomen Rechtsgestaltung neben dem Streik auch die Aussperrung zuzulassen. Solange das Tarifrecht keine Zwangsschlichtung kenne, müßten die Druckmittel auf beiden Seiten gleichmäßig verteilt sein, um ein Übergewicht einer Tarifpartei zu verhindern. Das Gebot der Kampfparität alleine könne ausschließen, daß eine Tarifpartei der anderen ihren Willen aufzwinge.

Diese Rechtsprechung hat durch die jüngsten Entscheidungen des 1. Senats des BAG ²²⁵ eine wesentliche Konkretisierung erfahren. Zwar ist die Aussperrung nach Ansicht des Gerichts aus Gründen der materiellen Kampfparität nicht grundsätzlich unzulässig, jedoch ist das Kampfmittel der Aussperrung nur dann gerechtfertigt, wenn sich die angreifende Gewerkschaft auf einen Teilstreik beschränkt hat und die dadurch erreichte Begrenzung des Kampfraums das Kräfteverhältnis einseitig zugunsten der Arbeitnehmer verschieben würde ²²⁶.

223) GS E 1,291 ff; 23,292 ff; bestätigt in E 15,145 ff

224) E 1,308; 23,308. Da es um die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes geht, wird im folgenden nicht zwischen lösender und suspendierender Aussperrung unterschieden. Dieser Rechtsprechung haben sich u.a. angeschlossen: LAG Stuttgart, NJW 1979,386; LAG Baden-Württemberg, AuR 1979, 94; LAG Hamm, DB 1979,1415; ArbG Kassel, NJW 1979,382; vgl. die weiteren Nachweise in der Anm. zu der letztgenannten Entscheidung in NJW 1979,386 auf die ArbG Stuttgart, Karlsruhe, Lübeck und Würzburg

225) Urteile vom 10.6.1980 . 1 AZR 168/79; 822/79; 331/79; abgedruckt in NJW 1980, 1642 ff

226) NJW 1980, 1642, 1648

Die Zulässigkeit der Aussperrung bei einem Teilstreik folgt nach Auffassung des Gerichts aus dem Argument der Wahrung der Verbandssolidarität, welche wegen der Erforderlichkeit von Druck und Gegendruck auch für die Arbeitgeberseite unerlässlich sei.

Bei einem Teilstreik werde die Verbandssolidarität der Arbeitgeber unterminiert, da sich die bestreikten Arbeitgeber zu dem Abschluß von Firmentarifverträgen als "Separatfrieden" entschließen könnten, während die nichtbestreikten Arbeitgeber aus Konkurrenz- und Wettbewerbsgründen Marktanteile für sich zu gewinnen versuchen und gleichzeitig eine härtere Verhandlungsposition den Gewerkschaften gegenüber einnehmen könnten ²²⁷.

bbb. Herrschende Lehre

Die herrschende Meinung in der Literatur ²²⁸ sieht die Aussperrung -teils vorbehaltlos, teils mit Einschränkungen - ebenfalls als zulässig an. Sie teilt die Ansicht des BAG, eine wirkungsvolle Tarifautonomie bedinge das Kräftegleichgewicht. Insbesondere müsse den Arbeitgebern ein Gegengewicht gegen die Gewerkschaftsmacht erhalten bleiben.

227) NJW 1980, 1642, 1649

228) Aus der älteren Literatur: Brox-Rüthers, S.45; Kaiser, Repräsentation, S.200; Mayer-Maly, Festschrift Peters, S.944; ders. DB 1979, 95, 98; Fabricius, RdA 1962, 100; Zeuner, JZ 1962, 429; Koenen, BB 1968, 1083, 1084; Söllner, DB 1969, 838; Müller, RdA 1971, 325; Scheuner, RdA 1971, 329, 332 ff; aus der neueren Literatur: Frowein, S.39; Raiser, Aussperrung, S.14; ders. ZRP 1978, 204; Schürmann, S.177 f; Seiter, Streikrecht, S.330; ders. JA 1979, 337 ff, 347; Kaiser, Parität, S.44 ff; Richardi, NJW 1978, 2062; Zöllner, Parität, S.24 ff, 58; Bertelsmann, S.395, 396; Löwisch, RdA 1980, 1, 3 ff; Konzen, AcP 177, S. 525 ff; Rüthers, Rechtsprobleme, S. 117; Scholz-Konzen, S. 284 f und S. 203 - 255

Gerade im Hinblick auf Schwerpunkt- oder Bummelstreiks sei sonst ein gleichgewichtiges Arbeitskampsrisiko nicht mehr gegeben, da die Arbeitgeber den vollen wirtschaftlichen Ausfall zu verkraften hätten, während die Gewerkschaften nur zur Unterstützung weniger Streikender verpflichtet seien ²²⁹. Im übrigen könnten die Gewerkschaften ohne die Aussperrung die Einzelunternehmen systematisch zerstören, indem sie ihre Streikmaßnahmen auf eben diese Unternehmen konzentrierten ²³⁰.

ccc. Gegenteilige Literaturmeinung

Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht ²³¹ gehen davon aus, daß Streik und Aussperrung schon von sich aus ungleiche Kampfmittel seien. Habe der Arbeitgeber im Falle eines Arbeitskampfes regelmäßig nur eine Produktionseinschränkung oder einen temporären Produktionsausfall zu befürchten, so treffe den Arbeitnehmer das volle Arbeitsplatzrisiko ²³²; dieser werde bereits durch den Streik in seiner Lebenshaltung tangiert, denn die nicht organisierten Beschäftigten müßten während der Streikzeit auf ihre Ersparnisse zurückgreifen oder würden im Wege der Sozialhilfe unterstützt, während die Gewerkschaftsmitglieder nur einen Teil ihres Nettolohnes erhielten ²³³.

229) Seiter, Streikrecht, S. 324, 325

230) Seiter, Streikrecht, S. 325, 326

231) So schon Evers, S.101; Lerche, S.62 ff, 87; DAG-Arbeitskampfrecht, S.28 ff; Frey, AuR 1963, 304; Däubler, JuS 1972, 645; neuerdings Zachert-Metzke-Hamer, S. 129 ff; Kempen, AuR 1979, 78; Pfarr, AuR 1977, 38; Föhr, DB 1979, 1698 ff, 1702; Wohlgemuth, BB 1979, 111 ff, 115 und 635; Wolter, AuR 1979, 193 ff, 203; Zachert, AuR 1980, 43, 46 f; dieser Meinung sind auch gefolgt das ArbG Frankfurt, NJW 1979, 388, sowie die in NJW 1979, 386 in der Anm. zitierten ArbG Lörrach, Stuttgart, Berlin, Aachen, Düsseldorf, Lahn-Wetzlar, Mannheim und Wilhelmshaven

232) In diesem Sinne Wohlgemuth, BB 1979, 114 und Evers, S.27, 59

233) vgl. dazu Wohlgemuth, BB 1979, 114

Dies sei ein starker Druck auf die Arbeitnehmer, so daß als paritätisches Kampfmittel auf Arbeitgeberseite das Durchstehen des Streiks ausreiche. Auch für die Gewerkschaften bedeute die finanzielle Unterstützung ihrer Mitglieder eine erhebliche Belastung²³⁴. Die "zentrale Arbeitgeberstrategie der kampfgeldausweitenden Aussperrung" habe verheerende Auswirkungen auf die Finanzkraft der Gewerkschaften und damit auf die Tarifautonomie²³⁵. Zudem seien Massenänderungskündigungen oder Rationalisierungsmaßnahmen adäquate Surrogate für die Aussperrung²³⁶. Der Streik richte sich regelmäßig gegen kleine Kreise von Arbeitgebern; die Aussperrung dagegen erfasse bewußt große Kreise der Arbeitnehmerschaft einschließlich anders Orientierter²³⁷. Ein Streik müsse, um rechtmäßig zu sein, durch eine Gewerkschaft organisiert und damit diszipliniert sein, während jeder der Arbeitgeber beliebig zur Aussperrung greifen könne, wodurch sich die Disparität der Kampfmittel manifestiere²³⁸. Schließlich dürfe als Pendant zu Schwerpunktstreiks nicht die Aussperrung betrachtet, sondern es müsse die Betriebsrisikolehre herangezogen werden, derzufolge auch die nicht unmittelbar bestreikten Betriebe die Lohnzahlung bei Produktionsausfall einstellen dürften²³⁹.

234) Wohlgemuth, BB 1979, 115; Föhr, Betrieb 1979, 1700

235) Zachert, AuR 1980, 47

236) ArbG Frankfurt, NJW 1979, 389; Evers, S. 82

237) DAG- Arbeitskampfrecht, S. 29

238) Evers, S. 28

239) Wohlgemuth, BB 1979, 114, 115

ddd. Stellungnahme

Die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Aussperrung liegen bereits im Ansatzpunkt bei der Frage, welche Rechtsquelle die Legitimation der Aussperrung enthält. So wird verschiedentlich behauptet, die Aussperrung sei weder durch Art. 9 Abs. 3 GG noch durch supranationale Bestimmungen (Art. 6 Nr. 4 der europäischen Sozialcarta) noch durch sonstige gesetzliche Bestimmungen gewährleistet, sondern stelle Richterrecht dar ²⁴⁰.

Art. 9 Abs. 3 GG schütze die Arbeitskampffreiheit nur in ihrem Kernbereich und enthalte keine Gewährleistung konkreter Kampfmittel auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite ²⁴¹.

Diese Auffassung übersieht, daß die Arbeitskampffreiheit nicht als Selbstzweck, sondern als Bestandteil der Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung in Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist ²⁴². In diesem Rahmen dient sie der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Diesen Zweck kann die Arbeitskampffreiheit nur dann erfüllen, wenn sie nicht inhaltsleer ist, sondern ihr Schutz die Mittel zur Zweckerfüllung mitumfaßt ²⁴³.

Allerdings ist Bertelsmann ²⁴⁴ zuzugeben, daß durch diese Aussage alleine die Gewährleistung der Aussperrung durch Art. 9 Abs. 3 GG noch nicht nachgewiesen ist. Es bedarf vielmehr die Frage einer näheren Betrachtung, welche Bedingungen an die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stellen sind, deren Aufrechterhaltung die Arbeitskampffreiheit bewirken soll.

240) Bertelsmann, S. 391; Zachert, AuR 1980, S. 45; ähnlich LAG Hamm, DB 1979, 1415 ff; dagegen jetzt ausdrücklich BAG, NJW 1980, 1642, 1645, 1646

241) Bertelsmann, S. 137

242) Vgl. oben Fn. 186

243) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 295

244) S. 137; a.A. wohl Zöllner, Arbeitsrecht, S. 295

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Tarifautonomie ihre Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nur dann erfüllen kann, wenn sich in etwa gleichstarke Verhandlungspartner gegenüberstehen, die im freien Spiel der Kräfte im Sinne des Prinzips der Gegen- und Gleichgewichtigkeit die Vertragsbedingungen aushandeln ²⁴⁵.

" Es gehört zu den sachbedingten Voraussetzungen der Tarifautonomie, daß die Tarifparteien einander grundsätzlich mit annähernd paritätischen Verhandlungschancen gegenüberstehen, weil sonst ein echt ausgehandelter Vertragsschluß zwischen ihnen nicht gesichert wäre und sich das Diktat des Stärkeren in einem freiheitswidrigen Sinne durchsetzen würde." ²⁴⁶

Ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Tarifparteien ist nur dann realisierbar, wenn die Möglichkeit eines wirklichen Aushandelns der Vertragsbedingungen im Sinne gleicher Verhandlungschancen besteht ²⁴⁷. In der Literatur ²⁴⁸ wird in diesem Zusammenhang häufig die Notwendigkeit der "Richtigkeitsgewähr" ²⁴⁹ des Tarifvertrages innerhalb der den Sozialpartnern im staatlich freigelassenen Raum zugestandenen Tarifautonomie im Gegensatz zu der fehlenden "Richtigkeitsgewähr" des Einzelarbeitsvertrages betont.

245) Weber, Festschrift Celle, S.246 ff; Bartholomeycik, AcP 166 (1966), S.64 ff; Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 10 f; Böttcher, S.5; Schmidt-Rimpler, Festschrift Raiser, S.3 ff, 13; Säcker, Gruppenautonomie, S.205 ff, 236; Löwisch, RdA 1969, 129, 131 ff; Rüthers, JurA 1970, 103 ff; Steindorff, RdA 1965, 258; Wolf, ZfA 1971, 155 f; Mayer-Maly, Festschrift Peters, S.942 f; Zöllner-Seiter, S.53 ff; Kaiser, Parität, S.38 ff; zweifelnd Wiedemann-Stumpf, § 1, Rdn.96 f, die wohl das Gegengewichtsprinzip anerkennen, es aber nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung von Tarifverträgen erheben.

246) BGH AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

247) Weber, Festschrift Celle, S.246; ähnlich Schmidt-Rimpler, Festschrift Kaiser, S.13; Wolf, ZfA 1971, 160 f; Zöllner-Seiter, S. 53

248) Zöllner-Seiter, S.53; Rüthers, JurA 1970, 106; jeweils m. Nachw.

249) Wohl i.S. materiell gleichwertiger Verhandlungschancen: vgl. Rüthers, JurA 1970, 106

Nicht wenige Autoren ²⁵⁰ räumen dem Prinzip der Gleich- und Gegengewichtigkeit daher im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG Verfassungsrang ein.

Aus diesem Verfassungsprinzip wird heute auch ganz überwiegend das Gebot der Kräfteparität der Tarifparteien im Arbeitskampf (Kampfparität) abgeleitet ²⁵¹. Dieses Prinzip der Kampfparität könnte nunmehr - formalisiert betrachtet - zu dem Schluß verleiten, daß aufgrund der unbestrittenen generellen Zulässigkeit des Streiks auch die Aussperrung als rechtliches Pendant zulässig sein müßte. Indessen wird diese formalistische Betrachtungsweise heute kaum noch vertreten ²⁵².

Es hat sich weitestgehend das Prinzip der materiellen Kampfparität durchgesetzt ²⁵³, wonach unter besonderer Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse zu untersuchen ist, ob die vorhandenen Kampfmittel eine Parität im Tarifkonflikt gewährleisten ²⁵⁴, ob also für beide Vertragsparteien eine vergleichbare Chance besteht, im Arbeitskampf zu obsiegen ²⁵⁵, oder ob die Parität erst durch eine Ergänzung oder Reduzierung von Kampfmitteln auf der einen oder anderen Seite bewirkt werden kann.

250) Mayer-Maly, Festschrift Peters, S. 943 f; Kaiser, Parität, S. 43; Zöllner-Seiter, S. 55; jeweils m.w.Nachw.; wohl auch Weber, Festschrift Celle, S. 246

251) Seiter, Streikrecht, S. 156 m.zahlr.Nachw.; ders. JA 1979, 342; Wohlgemuth, BB 1979, 112 m.zahlr.Nachw.; BAG, NJW 1980, 1642, 1646

252) Vgl. den Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 161 zu Fn. 31 auf Reuß, JbB 4 (1963/64), 163, 167

253) Zum Meinungsstand ausführlich Wohlgemuth BB 1979, 112 f; jetzt auch BAG, NJW 1980, 1642, 1647

254) Seiter, JA 1979, 342. Dabei ist streitig, ob diese Betrachtungsweise abstrakt-generell, also losgelöst von den Schwankungen des Einzelfalls (so Seiter, JA 1979, 342), oder konkret-individuell, also unter Berücksichtigung aller typischen sozioökonomischen Faktoren (so Wohlgemuth, BB 1979, 113), zu erfolgen hat. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage würde jedoch eine zu detaillierte Erörterung der Aussperrungsproblematik erfordern und damit dem Thema der Arbeit abträglich sein. Ungeachtet dessen sollen alle wesentlichen, im Zusammenhang mit der Kampfparität erörterten Argumente für und gegen die Aussperrung untersucht werden.

255) LAG Stuttgart, NJW 1979, 387 m.Nach.

Die Zulässigkeit der Aussperrung und damit ihr Schutz durch die in Art. 9 Abs.3 GG enthaltene Arbeitskampffreiheit hängt also davon ab, ob sich das Kampfmittel der Aussperrung in das Prinzip der materiellen Kampfparität integriert.

Das Gesetz enthält hierzu keine klare Aussage. Während in verschiedenen Vorschriften ²⁵⁶ vom "Arbeitskampf" die Rede ist, sind in § 18 Abs.7 SchwbG sowohl die Arbeitskampfmittel des Streiks als auch der Aussperrung aufgeführt. Dies legt den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber von der Zulässigkeit sowohl des Streiks wie auch der Aussperrung ausgeht ²⁵⁷.

Damit ist die Zulässigkeit der Aussperrung jedoch noch nicht bewiesen. Vielmehr ist es, um dem Prinzip der materiellen Kampfparität gerecht zu werden, erforderlich, die rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen der Aussperrung im Arbeitskampf zu untersuchen.

Die Gegner der Zulässigkeit der Aussperrung führen diesbezüglich zunächst an, die soziale Ausgangslage - die Arbeitnehmer in der Rolle der Fordernden, Preiserhöhungen als Ausgleichsmittel auf Arbeitgeberseite - lasse die Aussperrung nicht notwendig erscheinen ²⁵⁸.

Die Rolle der Arbeitnehmerschaft als fordernde Partei bei den Tarifauseinandersetzungen bestätigt ihre Streikberechtigung, da ihren Forderungen nur auf diesem Wege der gebotene Nachdruck verliehen werden kann. Sie besagt aber nichts über die Zulässigkeit der Aussperrung, insbesondere unter Berücksichtigung

256) §§ 2 Abs.1 Nr.2 ArbGG; 74 Abs.2 Ziffer 1 BetrVG;

66 Abs.2 BPersVG; 116 AFG; 11 Abs.5 AUG

257) Ebenso Seiter, JA 1979,338 und BAG, NJW 1980, 1642, 1645

258) Föhr, DB 1979, 1699, 1700; Wohlgemuth, BB 1979, 113

der Tatsache, daß langfristige oder Schwerpunktstreiks die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Arbeitgeber empfindlich schwächen können, und damit die Rolle der Arbeitnehmerschaft als Fordernde in die Rolle der Tarifiediktierenden umschlagen kann. Auch ist zu beachten, daß im Tarifvertragsrecht nicht die historische Ungleichgewichtigkeit der Beziehung Arbeitgeber - Arbeitnehmer besteht, sondern daß sich Verbände, sogar Arbeitnehmerverbände einem Einzelarbeitgeber, gegenüberstehen.

Die Preiserhöhungsmöglichkeit des Arbeitgebers ist zum einen kein der Arbeitskampfebene zurechenbares Merkmal, da es sich nicht im Verhältnis der kampf-betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern im Verhältnis des Unternehmers zum Konsumenten vollzieht. Zum anderen ist der Arbeitgeber als Unternehmer keinesfalls zu beliebigen Preiserhöhungen in der Lage, da er hierdurch Wettbewerbs- und Absatzchancen einbüßen kann ²⁵⁹.

Weiter wird gegen die Aussperrung angeführt, schon das Durchstehen eines Streiks sei ein adäquates Kampfmittel der Arbeitgeber, da die Arbeitnehmer die Lasten und Risiken des Streiks zu tragen hätten ²⁶⁰. Hierbei wird aber übersehen, daß in diesem Falle die Durchführung eines Streiks für die Gewerkschaften von vornherein kalkulierbar wird und gezielte Maßnahmen im Hinblick auf eine angestrebte Kapitulation der Arbeitgeber möglich sind. Für die Arbeitgeberseite manifestiert sich die Wirkung des Arbeitskampfes in Form des Produktionsrückganges oder -ausfalles, der Auftragseinbußen, der Betriebsstillegung bis hin zum Extremfall des wirtschaftlichen Zusammenbruchs.

259) Vgl. hierzu auch BAG, NJW 1980, 1642, 1647

260) Wohlgemuth, BB 1979, 114

Ohne die Möglichkeit der Aussperrung wären die Gewerkschaften in der Lage, durch Schwerpunktstreiks den Arbeitskampf beliebig in die Länge zu ziehen, Einzelarbeitgebern die Existenzgrundlage zu entziehen und das Kampfgebiet in ihrem Interesse zu beschränken, ohne größere finanzielle Einbußen erleiden zu müssen²⁶¹. Wenige Arbeitnehmer wären danach befähigt, die wirtschaftliche Zukunft ganzer Wirtschaftsbereiche nach ihrem Interesse zu manipulieren²⁶².

Hinzu kommt - das spielt in den jüngsten Aussperrungsurteilen des BAG die entscheidende Rolle²⁶³ - daß die Solidarität der Arbeitgeber umso stärker belastet wird, je kleiner und damit auf Gewerkschaftsseite wirtschaftlich weniger belastend der Teilstreik angelegt ist. Die regelmäßig miteinander in Konkurrenzbeziehungen stehenden Arbeitgeber werden, soweit sie nicht bestreikt werden, geneigt sein, zu versuchen, zusätzliche Marktanteile für sich zu gewinnen, so daß die wenigen bestreikten Arbeitgeber schon aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit versuchen müssen, durch den Abschluß separater Firmentarifverträge den Arbeitskampf zu beenden. Hierdurch wird die Einheit auf Arbeitgeberseite gespalten und damit deren Verhandlungsposition entscheidend geschwächt. Dies kann nur dadurch verhindert werden, daß den Arbeitgebern durch die Aussperrung die Möglichkeit der Ausweitung des Arbeitskampfes verbleibt und dadurch die Zahl der vom Arbeitskampf betroffenen Arbeitgeber nicht nur erhöht wird, sondern auch deren Einflußmöglichkeit auf das Verhalten aller Arbeitgeber innerhalb des Verbandes gestärkt wird.

261) LAG Stuttgart, NJW 1979, 387

262) Diese Aspekte finden in den Urteilen des BAG, NJW 1980, 1642 ff, keine adäquate Berücksichtigung

263) NJW 1980, 1642, 1649

Weiter wird gegen die Aussperrung eingewandt, die Arbeitgeber könnten einem Streik im Wege der Massenänderungskündigung oder durch Rationalisierungsmaßnahmen wirkungsvoll begegnen ²⁶⁴.

Dem ist zunächst -wie schon erwähnt ²⁶⁵ - entgegenzuhalten, daß die Massenänderungskündigung, auch wenn sie als Kampfmittel angesehen wird, nicht dem kollektiven Arbeitsrecht zugerechnet werden kann ²⁶⁶.

Kollektive Arbeitskampfmittel sind zulässig zur Erreichung und Gestaltung von Tarifverträgen.

Eine Massenänderungskündigung des Arbeitgebers kann sich aber nur auf den Abbau über- oder außertariflicher Vertragsmodalitäten beziehen, da vom Tarifvertrag abweichende Abmachungen gemäß § 4 Abs.3TVG nur zulässig sind, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet werden oder eine Regelung zugunsten der Arbeitnehmer enthalten ²⁶⁷. Den Tarifvertrag selbst kann eine solche Kündigung nicht beeinflussen.

Die Massenänderungskündigung kann also allenfalls ein individualrechtliches, auf den Einzelarbeitsvertrag gerichtetes Kampfmittel sein. Als Druckmittel im Tarifkonflikt ist sie ungeeignet.

Darüber hinaus ist zu beachten, daß infolge der Qualifikation der Massen- und Massenänderungskündigung als individualrechtliche Maßnahmen § 25 KSchG keine Anwendung findet. Folglich muß der Kündigende Arbeitgeber gemäß § 17 KSchG, der auch für Massenänderungskündigungen gilt ²⁶⁸, die geplante Massenentlassung anzeigen.

264) Wohlgemuth, BB 1979, 114

265) Oben B, 1.Teil, 3.Kapitel, 1.Abschnitt,II,1,F, a

266) G.h.M. für viele: Seiter,S.162; a.A. Ramm,BB 1964,1174 f; Weller AuR 1967,80 f. Dies gilt auch für die Massen-kündigung

267) Seiter, Streikrecht, S. 162

268) Brox-Dudenbostel, Betrieb 1979, 1847 m.Fn. 88

Vor Ablauf eines Monats kann die Entlassung gemäß § 18 KSchG nur mit Zustimmung des Landesarbeitsamtes wirksam werden. Oberdies hat der Arbeitgeber die divergierenden Kündigungsfristen zu beachten. Schließlich können die Arbeitnehmer gemäß § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erheben, welche den Arbeitgeber an einer raschen Durchführung seines "Kampfmittels" hindert. Die Massen- und Massenänderungskündigung sind als "Kampfmittel" folglich allenfalls ein "stumpfes Schwert" ²⁶⁹. Sie sind mit einer Aussperrung, die sofort Wirkung entfalten kann, nicht zu vergleichen. Sie können also auch die Aussperrung als Arbeitskampfmittel nicht ersetzen.

Ebensowenig können Rationalisierungsmaßnahmen der Arbeitskampfebene zugeordnet werden. Sie können u.U. Folge eines harten Arbeitskampfes sein, stehen mit diesem jedoch in keinem notwendigen unmittelbaren Sachzusammenhang.

Die Gegner der Aussperrung führen weiter an, schon die Lohnverweigerung infolge der Betriebsrisikolehre stelle ein auch dem Schwerpunktstreik gleichwertiges Druckmittel dar ²⁷⁰.

Dem hält SEITER ²⁷¹ aber zu Recht entgegen, daß ein Schwerpunktstreik so dosiert werden kann, daß er zwar eine empfindliche Störung des Betriebsablaufs mit sich bringt, nicht aber zur Stilllegung führt. Weiterhin vollzieht sich die Stilllegung mittelbar betroffener Betriebe meist erst nach einiger Zeit, während die Aussperrung ihre Wirkung sofort entfalten kann.

269) Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 403

270) Wohlgemuth, BB 1979, 114, 115

271) JA 1979, 344

Schließlich handelt es sich bei den mittelbar betroffenen Betrieben zumeist um Zuliefer- oder Absatzbetriebe, durch deren Stilllegung die Gewerkschaften das Kampfgebiet ausdehnen können, ohne jedoch zur Zahlung von Streikgeldern an die dort beschäftigten Arbeitnehmer verpflichtet zu sein, da diese Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld erhalten ²⁷².

Während den Arbeitgebern durch die mittelbare Ausdehnung des Kampfgebietes schwere wirtschaftliche Schäden entstehen können, bleiben die finanziellen Beeinträchtigungen auf der Seite der streikführenden Gewerkschaft minimal. Diesen wesentlichen Gesichtspunkt hat das BAG ²⁷³ in seinen jüngsten Entscheidungen übersehen.

Soweit die angeblich unterschiedliche Finanzmacht der Verbände gegen die Aussperrung ins Feld geführt wird ²⁷⁴, müssen die Befürworter dieses Arguments selbst zugeben, daß die Finanzmacht der Verbände inkommensurabel ist ²⁷⁵.

Ein Arbeitskampf kann die Gewerkschaften finanziell ebenso belasten wie die Arbeitgeber; die Behauptung, daß Arbeitnehmervereinigungen aufgrund finanzieller Unterlegenheit in der Tarifauseinandersetzung früher einlenken müßten, läßt sich nicht belegen ²⁷⁶.

Darüber hinaus kennt das Streikrecht keinen bestimmten Streikerfolg oder eine bestimmte Streikhäufigkeit ²⁷⁷.

Nicht übersehen werden darf schließlich, daß die Gewerkschaften den Einzelarbeitgebern ihrerseits häufig finanziell überlegen sein werden.

272) Seiter, JA 1979, 344 zitiert in diesem Zusammenhang § 116 AFG i.V.m. der sog. Neutralitätsanordnung

273) NJW 1980, 1642, 1649

274) Wohlgemuth, BB 1979, 115; Föhr, Betrieb 1979, 1700

275) So auch Konzen, AcP 177, S. 531

276) Vgl. Seiter, JA 1979, 346

277) Seiter, JA 1979, 346

Wenn schließlich das Argument in die Diskussion eingebracht wird ²⁷⁸, die "öffentliche Meinung" richte sich regelmäßig gegen die streikenden Gewerkschaften und übe auf sie einen Druck aus, der die Aussperrung überflüssig werden lasse, so mag der Hinweis darauf genügen, daß der Begriff der "öffentlichen Meinung" viel zu unbestimmt und unbestimmbar ist, um einer juristischen Wertung zugänglich zu sein ²⁷⁹.

Mit KONZEN ²⁸⁰ und RAISER ²⁸¹ ist daher als Ergebnis festzustellen, daß es nach den gegenwärtigen wirtschaftlichen Erkenntnissen keine beweiskräftigen und plausiblen Gründe gibt, die für ein Ungleichgewicht der Tarifpartner zu Lasten der Arbeitnehmer sprechen könnten, und es daher unter Beibehaltung der Kampfparität nicht möglich ist, in das bestehende Arbeitskampfsystem einzugreifen.

Die Kampfparität wird durch die Aussperrung nicht in eine Disparität transformiert, weil die Aussperrung zur Bildung von Gegendruck gegen Teilstreiks der Gewerkschaften und damit zur Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifautonomie notwendig ist. Sie wird daher unmittelbar durch Art. 9 Abs.3 GG geschützt.

Allerdings sind Aussperrungsmaßnahmen nur innerhalb der vom BAG abgesteckten Grenzen der Verhältnismäßigkeit des Arbeitskampfes zulässig ²⁸².

278) Wohlgemuth, BB 1979, 115

279) Ähnlich BAG, NJW 1980, 1642, 1647

280) AcP 177, 530 f

281) Aussperrung, S. 83

282) BAG, NJW 1980, 1642, 1651 : Bei einem Streik von weniger als 25 % der AN des betroffenen Tarifgebietes ist die Aussperrung von max. weiteren 25 % der AN zulässig. Streiken mehr als 25 % der AN, so verringert sich entsprechend die Zahl von AN, die ausgesperrt werden dürfen. Bei einer Quote von ca. 50 % streikenden AN besteht kein Recht zur Aussperrung.

Dies bedeutet zugleich, daß auch an die Tariffähigkeit der Arbeitgeberkoalitionen das Erfordernis der Arbeitskampffähigkeit zu stellen ist, da es zur Wahrung des zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens durch Tarifverträge notwendigen Gegen- und Gleichgewichtsprinzips notwendig ist.

G. Zusammenfassung der an die Tariffähigkeit von Koalitionen zu stellenden Anforderungen

Aus den vorangegangenen Erörterungen ergeben sich die Voraussetzungen, unter denen eine Koalition tariffähig ist. Sie muß als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernehmen, frei gebildet, gegnerfrei, vom Gegner und von dritten Mächten unabhängig, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und arbeitskampffähig sein sowie das geltende Tarifrecht für sich als verbindlich anerkennen²⁸³.

283) In diesem Zusammenhang wird auf die in Fn. 94 enthaltenen Ausführungen verwiesen.

2. Tariffähigkeit des Einzelarbeitgebers

Neben den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden kann gemäß § 2 Abs. 1 TVG auch der Einzelarbeitgeber Partei eines Tarifvertrages sein. Diese Regelung soll den Gewerkschaften die Gewähr eines tariffähigen Vertragspartners auch für den Fall bieten, daß in dem betreffenden Bereich Arbeitgebervereinigungen nicht existieren, der Einzelarbeitgeber bestehenden Arbeitgeberverbänden nicht beigetreten ist oder diese den Abschluß von Tarifverträgen aus ihren satzungsgemäßen Aufgaben ausgenommen haben ²⁸⁴.

Unter Berufung auf diese Gründe wird in Rechtsprechung und Lehre der Frage, ob auch an die Tariffähigkeit des Einzelarbeitgebers gewisse Mindestanforderungen zu stellen sind, ganz überwiegend keine Beachtung geschenkt ²⁸⁵. Dabei wird aber übersehen, daß durch das Vorhandensein eines Arbeitgebers als Vertragspartners der Gewerkschaften die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht automatisch gewährleistet ist, sondern daß die Ordnung des Arbeitslebens durch Tarifverträge und damit die soziale Befriedung der Gemeinschaft ²⁸⁶ die Fähigkeit des Einzelarbeitgebers voraussetzt, echter Vertragskontrahent der Gewerkschaften zu sein.

Dies bedingt zunächst, daß der Einzelarbeitgeber in personeller, finanzieller und organisatorischer Hinsicht vom sozialen Widerpart und von dritten Mächten unabhängig sein muß. Der Tarifautonomie liegt die Vorstellung einander gegenüberstehender, soziologisch differenter Vertragsparteien zugrunde ²⁸⁷ ;

284) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 247

285) Symptomatisch sind die Ausführungen Zöllner's, Arbeitsrecht, S. 247, und Wiedemann-Stumpf's, § 2 Rdn. 59 ff

286) BVerfGE 18, 18, 28

287) Müller, Tariffähigkeit, S. 7

sie benötigt, um funktionsfähig zu sein, die Auseinandersetzung der divergierenden wirtschaftlichen Interessen von Arbeitgebern und Gewerkschaften und die Einigung auf dem Wege beiderseitigen Nachgebens. Der Kontrahierungsprozeß, der eine gewisse "Richtigkeitsgewähr" des ausgehandelten Kompromisses bietet, ist bei der Einflußnahme der Gewerkschaften oder dritter Kräfte auf die Einzelarbeitgeber nicht mehr gewährleistet ²⁸⁸. Ein solcher Einfluß hätte auch Auswirkungen auf Verbandstarifverträge, da die Willensbildung der Arbeitgeberverbände durch die gewerkschaftliche oder drittseitige Beeinflussung des Einzelarbeitgebers unterminiert und damit der Verbandstarifvertrag ausgehöhlt würde ²⁸⁹.

Sollen die Einzelarbeitgeber ihre Funktion im Rahmen des § 2 Abs. 1 TVG als natürliche Gegenspieler der Gewerkschaften erfüllen können, so muß die Interessenspolarität der Vertragsparteien gewahrt, d.h. die Arbeitgeber müssen befähigt sein, ihre Willensbildung unabhängig von der Gegenseite und von dritten Mächten zu vollziehen.

Darüber hinaus verlangt eine funktionsfähige Tarifautonomie -darauf weisen Zöllner-Seiter zu Recht hin- die Konfrontationsfähigkeit der Einzelarbeitgeber ²⁹⁰.

288) Zöllner-Seiter, S. 39

289) Zöllner-Seiter, S. 39

290) S. 39

Konfrontationsfähigkeit bedeutet Arbeitskampffähigkeit. So hat auch der Große Senat des BAG in seiner Grundsatzentscheidung ²⁹¹ zur Rechtmäßigkeit von Streik und Aussperrung festgestellt, daß die Tariffähigkeit des Arbeitgebers zwangsläufig seine Arbeitskampffähigkeit beinhaltet ²⁹², wobei sich das Recht zur Aussperrung nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG herleiten läßt, sondern Merkmal der Tariffähigkeit des Einzelarbeitgebers im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG ist.

Die Erfordernisse der Unabhängigkeit vom Gegner und von dritten Mächten sowie der Arbeitskampffähigkeit sind also keine verbandsspezifischen Merkmale, sondern es kommt ihnen zum Schutze der Funktionsfähigkeit der Tarifaautonomie übergreifender Charakter zu; sie bedingen die Tariffähigkeit auch des Einzelarbeitgebers.

291) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = E 23, 292 ff

292) E 23, 292, 309

2. Abschnitt

Vorüberlegungen für die weitere Untersuchung

Aus der vorangegangenen Untersuchung der Voraussetzungen der Tariffähigkeit haben sich die Merkmale ergeben, die nachfolgend zur Prüfung der Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes heranzuziehen sind. Es ist allerdings wegen der Mannigfaltigkeit der Streitfragen, betreffend die an die Koalitionseigenschaft und weitere an die Tariffähigkeit zu stellenden Anforderungen, eine Beschränkung des Untersuchungsumfanges in doppelter Hinsicht erforderlich.

Zum einen ist unzweifelhaft, daß die Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen des öffentlichen Dienstes satzungsgemäß ²⁹³ die Wahrnehmung der tarifrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder übernommen haben, frei gebildet, wirtschaftlich und organisatorisch vom Gegner unabhängig und auf "überbetrieblicher" ²⁹⁴ Grundlage gebildet sind sowie das geltende Tarifrecht für sich als verbindlich anerkennen.

Damit verbleiben die Problemkreise

- der Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten Mächten,
- der Gegnerfreiheit und
- der Arbeitskampffähigkeit

der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes zu untersuchen.

293) Vgl. z.B. § 1 Abs.2 der Satzung der Tarifgemeinschaft Deutscher Länder v.12.2.1959; § 3 Ziffer 3 der Satzung der Gewerkschaft ÖTV v. 17.6.1976

294) Es ist wohl sinnvoller, von "überkommunaler" Ebene für den Bereich des öffentlichen Dienstes zu sprechen.

Zum anderen nehmen Bund, Länder und Gemeinden zwar unternehmerisch am privaten Wirtschaftsleben teil, haben aber primär hoheitliche Aufgaben auf dem Gebiete der Verwaltung, insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) zu erfüllen. Soweit die Frage der Tariffähigkeit im öffentlichen Dienst untersucht wird, ist nur die Funktion des Staates als Arbeitgeber im Bereich der Verwaltung und das damit verbundene Rechtsverhältnis zu seinen Arbeitnehmern angesprochen. Dabei spielt allerdings die Unterscheidung, ob sich der Staat zur Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Mittel bedient, keine Rolle, da es alleine entscheidend auf die Qualifikation der Aufgabe als staatliches Recht und staatliche Pflicht zur hoheitlichen Verwaltung ankommt ²⁹⁵. Soweit der Staat sich rein erwerbswirtschaftlich betätigt, ohne damit eine Aufgabe der Daseinsfürsorge zu erfüllen, und dabei als Arbeitgeber fungiert, gelten für ihn die gleichen Rechte und Pflichten wie für jeden privatwirtschaftlichen Arbeitgeber auch, denn ansonsten würde zwischen dem Staat und den Mitkonkurrenten in der privaten Erwerbswirtschaft eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung vorgenommen. Dieser Teilbereich staatlicher Tätigkeit soll aber nicht Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen sein.

295) Grundsätzlich steht es dem Staat frei, ob er seine öffentlichen Aufgaben mit Hilfe öffentlich-rechtlicher oder durch Anwendung privatrechtlicher Mittel durchführt, solange nicht das Gesetz eine besondere Verfahrensweise vorschreibt: vgl. BGHZ 4, 266, 268; 9, 145, 147; 41, 264, 267; DVB1 1969, 623; BAGE 3, 124, 127 f; Pfennig, S. 30, 31

3. Abschnitt

Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten Mächten; Gegnerfreiheit und Arbeitskämpfungsfähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes

I. Unabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber von dritten Mächten

Die Abhängigkeit von Staat und Parteien als von dritten, außerhalb der Sphäre der Tarifvertragskontrahenten stehenden Kräften führt zum Verlust der Tariffähigkeit²⁹⁶. Jedoch birgt nicht jede vereinzelte Personalunion von Parteimitglied und Mitglied der Tarifvertragspartei, nicht jede vereinzelte finanzielle Zuwendung oder organisatorische Verbindung die Abhängigkeit in sich. Schädlich ist vielmehr nur ein beherrschender Einfluß, der die eigenständige Willensbildung auf Seiten der Tarifpartei nicht mehr zur Entfaltung kommen läßt²⁹⁷. Hierbei ist nicht erforderlich, daß die personelle, finanzielle oder organisatorische Abhängigkeit de facto auch zur Dependenz im Bereich der tariflichen Willensbildung geführt haben muß. Dies läßt sich häufig nicht exakt feststellen. Ausreichend ist vielmehr die Gefahr der Einflußnahme im Wege der Personalunion, der organisatorischen Verbindung oder des finanziellen Drucks.

296) Oben B. 1.Teil, 3.Kapitel, 1.Abschnitt, II,1,A und 2

297) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 158; ähnlich Hueck-Nipperdey, II, 1, S.97 f; Schaub, S. 976; Söllner, Arbeitsrecht, S. 54 - alle Autoren erörtern diese Frage im Rahmen des Koalitionsbegriffs

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist zu konstatieren, daß die öffentlichen Arbeitgeber weder vom Staat noch von den Parteien unabhängig sind. Bund, Länder und Gemeinden sind staatliche Hoheitsträger und zugleich öffentliche Arbeitgeber. Es besteht insoweit eine Parallelität und korrelative Beeinflussung beider Funktionen, da einerseits der Staatshaushalt und die gemäß §§ 5 und 6 HGrG ²⁹⁸ als gesetzlichen Rahmenbedingungen bestehende Pflicht zur sparsamen Verwaltung der Haushaltsmittel Einfluß auf die Möglichkeiten tariflicher Zugeständnisse der öffentlichen Arbeitgeber besitzt, andererseits die Höhe des Tarifabschlusses für den öffentlichen Dienst Folgewirkungen für die Investitionstätigkeit sowie wirtschafts- und finanzpolitische Maßnahmen hat ²⁹⁹. Wirtschafts-, finanz- und sozialpolitische Interessen des Staates nehmen also entscheidenden Einfluß auf das Verhalten der Arbeitgeber bei den Tarifverhandlungen des öffentlichen Dienstes. Staatliche Organe können nicht in ihrer Funktion als Arbeitgeber von sich selbst unabhängig sein.

Die Dependenz des Bundes, der Länder und Gemeinden als öffentliche Arbeitgeber von den politischen Parteien ergibt sich daraus, daß die Parteien integrierte Bestandteile des Verfassungsaufbaues sind ³⁰⁰.

298) Vgl. für die Gemeinden die einschlägigen Vorschriften in den Gemeindeordnungen, wie beispielsweise § 92 Abs. 2 Hess.GO

299) Vgl. dazu Körber, S.80; Isensee, S.31; Vetter, FAZ v. 12.3.1977, S.15; Weber, Koalitionsfreiheit, S.26; Reuß, Arbeitsrecht, S. 144

300) BVerfGE 2,1,73; Leibholz-Rink, Art. 21, Anm.5

- " Sie beeinflussen die Bildung des Staatswillens, indem sie in das System der staatlichen Institutionen und Ämter hineinwirken, und zwar insbesondere durch Einflußnahme auf die Beschlüsse und Maßnahmen von Parlament und Regierung". 301

Die Bedeutung der politischen Parteien im Staatsleben ist überragend. Sie stellen nahezu sämtliche Mitglieder in den Legislativorganen von Bund, Ländern und Gemeinden; aus ihren Reihen rekrutieren sich - entsprechend den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen - in aller Regel die Regierungen. Die regelmäßig anzutreffende Personalidentität zwischen Parteimitglied und Regierungsmitglied ist eine zwangsläufige Folge des grundgesetzlichen Bekenntnisses zum Mitwirkungsrecht der Parteien an der demokratischen Willensbildung (Art. 21 Abs.1 GG). Die politischen Amtsträger stehen aufgrund dessen unter dem legitimen 302

Einfluß der sie tragenden Parteien. Dies wirkt sich auf die Wahrnehmung ihrer Exekutivaufgaben und die Verwaltung der bei den öffentlichen Tarifverhandlungen zur Diskussion stehenden Steuergelder aus. Folglich spielen bei der Willensbildung der öffentlichen Arbeitgeber nicht nur rein wirtschaftliche Gesichtspunkte, sondern auch politische Aspekte eine wichtige Rolle. Zum anderen sind die Repräsentanten der öffentlichen Hand auch innerhalb der Exekutive an Entscheidungen der Kollegialorgane gebunden. Wird also die tarifliche Willensbildung³⁰³ durch Beschlüsse der Exekutivkollegialorgane von Bund, Ländern und Gemeinden, welche unter unmittelbarem Parteieinfluß stehen, tangiert, so haben diese Beschlüsse Bindungswirkung für die Verhandlungsvertreter³⁰⁴. Die Willensbildung der öffentlichen Arbeitgeber steht also unter dem unmittelbaren Einfluß der politischen Parteien.

301) BVerfGE 20, 56, 101

302) BVerfGE 20, 56, 100 f

303) i.e. die Festlegung der Verhandlungsposition bei den Tarifverhandlungen

304) Vgl.dazu Rüthers, FAZ v.14.12.1974, S.13

Die dargestellte Identität von Staat und öffentlichem Arbeitgeber und die legitime Einflußnahme der Parteien auf die staatliche Willensbildung verdeutlichen, daß Staat und Parteien nicht außerhalb der Sphäre der öffentlichen Arbeitgeber stehende dritte Mächte sind. Bund, Länder und Gemeinden als Bestandteile des Staatsaufbaues partizipieren entweder in ihrer Eigenschaft als Einzelarbeitgeber (Bund) oder durch ihre Koalitionen (Länder, Gemeinden) an der Tarifautonomie und vollziehen ihre Willensbildung unter Einflußnahme der in ihren verfassungsmäßigen Aufbau integrierten Parteien. Staat und Parteien stehen - anders als in Bezug auf den privatwirtschaftlichen Arbeitgeber - mit dem Begriff "öffentliche Arbeitgeber" in unlösbarem Zusammenhang; sie sind keine dritten, von außen her einwirkenden Mächte und gefährden daher auch den eigenständigen Willensbildungsprozeß auf Arbeitgeberseite nicht. Hier liegt eine durch den verfassungsmäßigen Staatsaufbau bedingte Besonderheit des öffentlichen Dienstes darin, daß an der Willensbildung der öffentlichen Arbeitgeber Mächte mitwirken und mitwirken dürfen, die die Tariffähigkeit der öffentlichen Arbeitgeber nicht beeinträchtigen, deren Einflußnahme auf die Willensbildung privatwirtschaftlicher Arbeitgeber aber den Verlust der Tariffähigkeit dieser Arbeitgeber bedeutete.

Das Erfordernis der Unabhängigkeit von dritten Mächten ist zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auch für die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes unverzichtbar; es ist in diesem Bereich jedoch nicht verletzt.

II. Gegnerfreiheit - Gegnerunabhängigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes

1. Bedeutung und Inhalt des Merkmals der Gegnerfreiheit

A. Bedeutung

Es ist allgemein anerkannt, daß die Gegnerfreiheit ³⁰⁵ notwendiges Erfordernis der Koalitionseigenschaft und damit der Tariffähigkeit von Berufsverbänden ist ³⁰⁶. Ebenso bedingt sie die Tariffähigkeit des Einzelarbeitgebers ³⁰⁷; die Tarifvertragsparteien müssen ihre Willensbildung autonom, also ohne die Beeinflussung durch Mitglieder, die auch dem sozialen Gegenspieler angehören, vollziehen können, um ein kontradiktorisches Verhandlungsverfahren mit konfrontationswilligen und -fähigen Vertragspartnern und damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten ³⁰⁸. Tarifverträge, an deren Zustandekommen gegnerabhängige Parteien mitwirken, bergen die Gefahr in sich, die ihnen zukommende Ordnungsaufgabe nicht erfüllen zu können ³⁰⁹. Sie sind wegen fehlender Tariffähigkeit der betreffenden Vertragspartei nichtig.

305) Es werden auch die Begriffe Gegnerunabhängigkeit (Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.141,145) und Gegnerreinheit (Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände I, C I, 2a) gebraucht. Dazu unten ausführlich unter B. 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt,II,1,B

306) BVerfGE 4,96,106;18,18,28; BAG AP Nr. 14 zu § 2 TVG; SAE 1978,37; Dietz, Grundrechte,S.428; Hanau-Adomeit, S.49; Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht II,S.369;Hueck-Nipperdey, II,1,S.90; Nikisch,II,S.251; Reichel,RdA 1963,300,302; Reuß,Arbeitsrecht,S.144,147; Schnorr,RdA 1953,377 (Gewerkschaftsbegriff); Zöllner-Seiter,S.24; Wiedemann-Stumpf,§ 2, Rdn.145; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn.22; v.Münch, Bonner Kommentar,Art.9, Rdn.125; Maunz-Dürig-Scholz,Art.9, Rdn.208

307) Zöllner-Seiter, S.39; Müller, Tariffähigkeit, S.7

308) Dazu Zöllner-Seiter, S.34 ff; Wiedemann-Stumpf, §2, Rdn.143

309) Ähnlich Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.143

B. Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen früheren Entscheidungen ³¹⁰ davon abgesehen, den Inhalt des Merkmals der Gegnerfreiheit zu definieren. Nicht zuletzt deswegen divergieren die Meinungen hierüber in der Literatur, wobei auch terminologische Unsicherheiten festzustellen sind. So spricht das BAG ³¹¹ einmal von der "Reinheit" der Koalitionen, andererseits von der Gegnerfreiheit ³¹², nennt als Erfordernis der Koalitionseigenschaft allerdings die "Unabhängigkeit von der Gegenseite" ³¹³. Hoffknecht ³¹⁴ stellt die Gegnerreinheit in Gegensatz zu der Gegnerunabhängigkeit. Dietz ³¹⁵ und Wiedemann-Stumpf ³¹⁶ sehen Gegnerfreiheit und Gegnerreinheit als Synonym an, wobei letztere sie von der Gegnerunabhängigkeit unterscheiden. Nipperdey ³¹⁷ schließlich verknüpft Gegnerfreiheit und Unabhängigkeit und stellt beide Begriffe in Gegensatz zur Gegnerreinheit.

Es ist daher zu untersuchen, welchen Inhalt die Begriffe Gegnerfreiheit, Gegnerreinheit und Gegnerunabhängigkeit haben und in welcher Relation sie zueinander stehen ³¹⁸.

310) E 4,96,106; 18,18,28; anders jetzt in NJW 1979,699,709 f; dazu unten unter B, 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt,II,1, B,c

311) AP Nr. 14 zu § 2 TVG

312) SAE 1978, 37, 39

313) AP Nr. 14 zu § 2 TVG

314) S. 33

315) Grundrechte, S. 428

316) § 2, Rdn. 145

317) S. 90, 91

318) Rechtsprechung und Literatur erörtern diese Problematik zumeist im Kontext mit der Frage des Koalitionsbegriffes. Die diesbezüglichen Ausführungen beziehen sich auf die Koalitionseigenschaft, haben jedoch -wie Zöllner-Seiter, S.39 zu Recht geäußert haben - gleiche Bedeutung auch für den Einzelarbeitgeber.

a. Lehre von der absoluten Gegnerfreiheit
(Gegnerreinheit)

Es wird von einer Mindermeinung ³¹⁹ die Auffassung vertreten, die Gegnerfreiheit müsse in absoluter Form vorliegen. Schon die Mitgliedschaft einer Person, die dem sozialen Gegenspieler zuzurechnen ist, verletzt nach dieser Ansicht das Erfordernis der Gegnerfreiheit der Tarifvertragspartei. Hoffknecht ³²⁰ verwendet folgerichtig den Begriff der Gegnerreinheit. Es sei eine gewisse Formalisierung im Sinne der Gegnerreinheit erforderlich, da eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstünde, wolle man jeweils Nachforschungen anstellen, ob Mitglieder, die dem sozialen Gegenspieler zuzurechnen seien, einen ins Gewicht fallenden Einfluß in der Tarifpartei hätten ³²¹. Die Gegnerfreiheit im Sinne der Gegnerreinheit müsse, um die unbeeinflusste Willensbildung der Sozialpartner zu gewährleisten, in aller Schärfe verlangt werden ³²².

b. Lehre von der relativen Gegnerfreiheit
(Gegnerunabhängigkeit)

Die heute herrschende Meinung ³²³ steht demgegenüber auf dem Standpunkt, das Gebot der Gegnerfreiheit dürfe nicht formalisiert betrachtet, sondern müsse von seinem Sinn und Zweck her verstanden werden ³²⁴.

319) Müller, Festschrift André Brun, S.381,393: zit. nach Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.145; Hoffknecht, S. 33; Dietz, Grundrechte, S.428; unklar Nikisch, II, S.7 f, 251 f

320) S.33

321) Hoffknecht, S.33

322) Dietz, Grundrechte, S.428

323) Herschel, JZ 1965,81,82; Nipperdey, S.87,89 ff; Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände I, C I, 2a; Zöllner-Seiter, S.27 ff; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.145; Hueck, RdA 1956,45,46; Hueck-Nipperdey, II,1, S.91 ff; Löwisch, ZfA 1970,295,308; Maus, S.311; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2, Rdn. 25; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 82

324) Hueck-Nipperdey, II,1, S.91

Solange sich die Willensbildung in einer von der Gegenseite unbeeinflussten Weise vollziehen könne, sei auch die vereinzelte oder zufällige Mitgliedschaft von Angehörigen des sozialen Widerparts unschädlich³²⁵. Das neuere Schrifttum innerhalb der herrschenden Meinung versteht die Gegnerfreiheit daher als personelle Gegnerunabhängigkeit³²⁶. Diese sei erst dann verletzt, wenn das Mitglied einer Tarifpartei zugleich die Willensbildung der anderen Tarifpartei beeinflussen könne bzw. auch als Vertreter der Gegenpartei fungiere³²⁷.

c. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In der grundsätzlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer³²⁸ hatte das Bundesverfassungsgericht³²⁹ im Rahmen der Überprüfung des Gesetzes an der Vorschrift des Art.9 Abs.3 GG auch über die Frage der Tariffähigkeit solcher Koalitionen, auf deren Willensbildung Vertreter der Gegenseite Einfluß nehmen können, zu entscheiden. In seinem Urteil schloß sich das Gericht nicht nur der herrschenden Meinung an, sondern erklärte darüber hinaus auch solche Tarifvertragsparteien für tariffähig, deren Entscheidungsfreiheit auch bei der Möglichkeit der Einflußnahme

325) Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände, I, C I, 2a

326) Herschel, JZ 1965, 81, 82; Zöllner-Seiter, S. 29 f; Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 145. Nipperdey, S. 90, spricht von Gegnerfreiheit, versteht sie aber im Sinne von Unabhängigkeit. Demgegenüber sprechen Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände, I, C I, 2a und Löwisch, ZfA 1970, 295, 308, in Verkennung der terminologischen Unterschiede von Gegnerreinheit, obwohl sie inhaltlich die Gegnerunabhängigkeit behandeln.

327) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 147

328) Vom 4.5.1976, BGBl. 1976, Teil 1, S. 1153 ff

329) NJW 1979, 699 ff

seitens des tariflichen Gegenspielers in der Weise gewahrt bleibt, daß sie ihrer Gesamtstruktur nach dem Gegner gegenüber unabhängig genug sind, um die Interessen ihrer Mitglieder wirksam und nachhaltig zu vertreten ³³⁰. Nach Ansicht des Gerichts ist die Gegnerunabhängigkeit ³³¹ selbst dann gegeben, wenn die Willensbildung innerhalb der Tarifvertragspartei zwar nur im Zusammenspiel mit den Vertretern der Gegenpartei erfolgen kann, der Einfluß der Vertreter der Gegenpartei jedoch unterparitätisch ist, d.h. die letztendliche Entscheidungsgewalt den "reinen" Vertretern der Tarifvertragspartei verbleibt ³³².

d. Stellungnahme

Einigkeit besteht zunächst darin, daß sich das Merkmal der Gegnerfreiheit nur auf den konkreten Verhandlungsgegner bezieht, nicht aber auf die Eigenschaften als Arbeitgeber oder Gewerkschaftsmitglied schlechthin. So können Gewerkschaftsmitglieder mit Arbeitgeberfunktion Tarifverträge mit anderen Gewerkschaften abschließen, solange es sich nicht um Gewerkschaften handelt, in denen sie selbst organisiert sind.

Der Begriff "Gegnerfreiheit" läßt offen, welche Anforderungen eine Vertragspartei in Bezug auf ihre Mitglieder erfüllen muß, um als tariffähig anerkannt zu werden. Die inhaltliche Ausgestaltung dieses Kriteriums der Tariffähigkeit kann durch verschiedene Betrachtungsweisen geschehen:

330) NJW 1979, 699, 710

331) Das Gericht macht sich diesen Begriff in seiner Entscheidung, S. 710, zu eigen.

332) S. 710

zum einen formalisiert im Sinne einer absoluten Gegnerreinheit; zum anderen materiell im Sinne der Fähigkeit zur unbeeinflussten Willensbildung innerhalb der Tarifpartei; schließlich im Sinne einer Inkompatibilität nur der Mehrheit der Mitglieder innerhalb des Beschlußorgans der Tarifpartei ³³³.

Den Vertretern der Gegnerreinheit ist zuzugeben, daß ihre Auffassung wegen der geringen Abgrenzungsschwierigkeiten vorteilhaft im Hinblick auf die Rechtssicherheit ist ³³⁴. Zu Recht weisen Wiedemann-Stumpf ³³⁵ allerdings darauf hin, daß Abgrenzungsprobleme im Falle eines Verbandstarifvertrages auftreten können, wenn beispielsweise einzelne tarifgebundene Arbeitgeber nicht gegnerrein sind ³³⁶.

Die absolute Betrachtungsweise wird jedoch dem Sinn und Zweck des Merkmals der Gegnerfreiheit nicht gerecht. Geschütztes Rechtsgut ist die Willens- und Entschließungsfreiheit der Tarifvertragsparteien. Solange sie nicht gefährdet wird, ist die Mitgliedschaft auch der Gegenseite zugehöriger Personen in der Tarifpartei unschädlich. Die Gegnerfreiheit kann nicht als Selbstzweck verstanden werden; sie soll vielmehr nur dort Schranken ziehen, wo die Willens- und Entschließungsfreiheit der Tarifpartei durch den sozialen Widerpart bedroht ist ³³⁷.

333) Es ist daher verfehlt, wenn Säcker, AR-Blattei, Berufsverbände I, C I, 2a, Unabhängigkeit, Gegnerfreiheit und Gegnerreinheit gleichstellt und dies als "allgemein anerkannt" bezeichnet.

334) Ebenso Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 145

335) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 145

336) In konsequenter Anwendung der Lehre von der Gegnerreinheit müßte dann wohl die Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes negiert werden.

337) Vgl. Zöllner-Seiter, S. 29 ff, 35

Nach der in seinem Mitbestimmungsurteil geäußerten Auffassung des Bundesverfassungsgerichts³³⁸ kann eine sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens im Sinne des Art. 9 Abs.3 GG nicht nur durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes, sondern auch durch Elemente des Zusammenwirkens und der Einigung angestrebt werden. Die für die Tariffähigkeit erforderlichen Merkmale dürfen daher nicht starr gehandhabt werden, sondern müssen flexibel im Sinne einer Anpassungsfähigkeit an sich verändernde, wirtschaftliche und soziale Bedingungen sein.

" Das schließt die Zulässigkeit von Beschränkungen der Tarifautonomie ein, wenn diese im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibt." 339

Daraus ergibt sich die Legitimation, aber auch die Limitation einer in Bezug auf die Tariffähigkeit der Vertragspartei zulässigen Mitgliedschaft von gegnerzugehörigen Personen. Einerseits muß die Tarifautonomie funktionsfähig, d.h. es muß die Möglichkeit der Konfliktsaustragung erhalten bleiben; bei einem Wegfall der Gegnerunabhängigkeit wäre dies schon deswegen nicht mehr gewährleistet, weil dann der "Konflikt" innerhalb einer Tarifvertragspartei "ausgetragen" würde. Die Willens- und Entscheidungsfreiheit der Beschlußorgane der Tarifpartei darf nicht eliminiert werden.

Andererseits wird die Möglichkeit des sozialpartner-schaftlichen Verhaltens, d.h. der Regelung der Sachfragen nicht durch Konflikt, sondern durch Kooperation und Verständigung gefördert, wenngleich dadurch etwa entstehende Konfliktsituationen und deren Austragung nicht ausgeschlossen sind³⁴⁰.

338) NJW 1979, 699, 709 f

339) BVerfG NJW 1979, 699, 710

340) BVerfG NJW 1979, 699, 709

Die inhaltliche Ausgestaltung des Merkmals der Gegnerfreiheit als Gegnerunabhängigkeit ist im Hinblick auf den Schutzzweck dieses Erfordernisses sinnvoll und zur Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifautonomie geeignet. Einer absoluten Gegnerfreiheit im Sinne einer Gegnerreinheit bedarf es daher nicht. Problematisch bleibt danach nur, nach welchen Kriterien sich die Beurteilung der Gegnerunabhängigkeit zu richten hat. Wurde in der Literatur in Bezug auf dieses Erfordernis bislang im wesentlichen über die Frage gestritten, ob die vereinzelte Mitgliedschaft von auch der Gegenseite zugehörigen Personen für die Tariffähigkeit schädlich ist ³⁴¹, so bestand doch Konsens darüber, daß die Mitglieder der Beschlußorgane der Tarifvertragsparteien inkompatibel sein müssen ³⁴².

Diese bisher der Gegnerunabhängigkeit gezogene Grenze ist durch das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts gesprengt worden, da nach Ansicht des Gerichts die Unabhängigkeit selbst dann noch gewahrt ist, wenn das Beschlußorgan der Tarifpartei zwar auch mit Vertretern, die der Gegenpartei zuzurechnen sind, besetzt ist, jedoch die Stimmenmehrheit und damit die letztendliche Entscheidungsgewalt den von der Gegenseite unabhängigen Mitgliedern des Beschlußorgans der Tarifpartei verbleibt ³⁴³.

341) Nipperdey, S. 91

342) Vgl. für viele Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 147 bezüglich der Koalitionen, und Zöllner-Seiter, S. 39 hinsichtlich der Einzelarbeitgeber.

343) NJW 1979, 699 710

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht über die Rechtmäßigkeit des MitbG zu entscheiden, jedoch muß diese Entscheidung als Grundsatzentscheidung auch für die Frage der Gegnerunabhängigkeit gewertet werden. Dies ergibt sich zum einen aus den von der Frage der Verfassungsmäßigkeit des MitbG immer wieder losgelösten Erörterungen zum Inhalt und Kernbereich des Art. 9 Abs.3 GG; zum anderen hat das Gericht dem Gesetzgeber mit dieser Entscheidung attestiert, daß er von seinem Recht, Inhalt und Schranken der Tariffähigkeit selbst festzulegen, in einer verfassungsrechtlich legitimen Weise Gebrauch gemacht und die Grenzen des Merkmals der Gegnerunabhängigkeit nicht unzulässig weit gezogen hat.

Wenn nach Ansicht des Gesetzgebers und der bestätigenden Auffassung des BVerfG die Tarifautonomie im Bereich der mitbestimmten Unternehmen auch mit dem neudefinierten Begriff der Gegnerunabhängigkeit funktionsfähig ist, so sind keine Gründe ersichtlich, warum die in diesem Sinne verstandene Gegnerunabhängigkeit in anderen Bereichen zur Funktionsunfähigkeit der Tarifautonomie führen soll.

Das Gericht war in diesem Zusammenhang um eine Determination der an die Gegnerunabhängigkeit zu stellenden Mindestanforderungen bemüht. Danach muß die Unabhängigkeit der Tarifpartner in dem Sinne hinreichend gewahrt bleiben, daß sie nach ihrer Gesamtstruktur gerade dem Gegner gegenüber unabhängig genug sind, um ihre Interessen auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten ³⁴⁴.

344) NJW 1979, 710

Sie müssen also befähigt sein, ihren Willensbildungsprozeß in einer Weise zu vollziehen, daß ihre Verhandlungsposition dem sozialen Widerpart gegenüber nicht bereits durch die unerwünschte Infiltration gegnerischer Vorstellungen geschwächt ist. Eine solche unbeeinflusste Willensbildung ist sicherlich gewährleistet, wenn alle Mitglieder des Beschlußorgans der Tarifvertragspartei "rein" sind. Sie muß aber auch dann noch als gegeben angesehen werden, wenn die Letztentscheidungsgewalt innerhalb des Beschlußorgans permanent in der Hand der reinen Mitglieder liegt und diese mit ihrem Stimmenübergewicht den Einfluß der Gegenseite zurückdrängen können.

Den Koalitionen bleibt es diesbezüglich unbenommen, durch Satzungsbestimmungen einen möglichen Einfluß der Gegenseite selbst zu begrenzen oder auszuschließen³⁴⁵ und damit für eine Wahrung der Gegnerunabhängigkeit bis hin zu einer Gegnerreinheit zu sorgen³⁴⁶.

Nach Ansicht einiger Istanzgerichte³⁴⁷ können auch die dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen durch Satzungsbestimmungen die Beschlußfähigkeit ihrer Organe davon abhängig machen, daß unter den anwesenden Mitgliedern die Stimmenmehrheit bei den gegnerunabhängigen Personen verbleibt³⁴⁸.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist dem Bundesverfassungsgericht darin zuzustimmen, daß für die Wahrung der Gegnerunabhängigkeit die Stimmenmehrheit und damit die Letztentscheidungsgewalt der reinen Mitglieder ausreicht.

345) So bestimmt § 10 Abs.2 der Satzung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände: "In die Organe der Bundesvereinigung können nur Personen entsandt oder berufen werden, die von Arbeitnehmerorganisationen unabhängig sind."

346) BVerfG NJW 1979, 710

347) LG Mannheim, Betrieb 1979, 1899; LG Frankfurt, NJW 1978, 2398, 2399; LG Hamburg, Beschluß v.29.6.1979, 64 T 3/79, zit.nach LG Mannheim, a.a.O.

348) Speziell entschieden für die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates von AG in Hinblick auf die Dominanz der Anteilseignerschaft.

2. Gegnerunabhängigkeit der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes

Es ist unbestritten, daß sich in den Reihen der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes Mitglieder befinden, die zugleich an der Willensbildung der öffentlichen Arbeitgeber mitwirken ³⁴⁹.

Schneider ³⁵⁰ z.B. weist zutreffend auf den häufigen Personalaustausch zwischen der Verwaltung der Bundespost und der Deutschen Postgewerkschaft auf allen Ebenen hin. Danach geht die Verflechtung von DPG und Verwaltung der Bundespost so weit, daß im Tarifreferat des Bundespostministeriums Gewerkschaftsmitglieder Schlüsselstellungen einnehmen und die Aufgabe von Verhandlungen mit der DPG haben.

Rüthers ³⁵¹ erwähnt die nicht seltene Personalidentität auf Kommunalebene. Dort bekleiden zahlreiche Stadt- oder Kreisdirektoren ³⁵² führende Positionen in der Gewerkschaft ÖTV oder sind zumindest aktive Mitglieder ³⁵³. Auch sind oder waren Mitglieder der Exekutivorgane des Bundes und der Länder zugleich in den Reihen der Gewerkschaft ÖTV zu finden ³⁵⁴.

349) Vgl.dazu Schneider, S.95; Rüthers, FAZ v.14.12.1974, S.13; Nipperdey, S.98 ff m.zahlr.Nachw.; Rupp, S.175; Isensee,S.34

350) S.95; ebenso Nipperdey, S.105 f

351) FAZ v.14.12.1974, S. 13

352) i.e. Bürgermeister oder Landräte

353) Zur Untermauerung der Ausführungen Rüthers' sei -stellvertretend für viele- das Beispiel des Bremer Oberbürgermeisters Koschnik erwähnt, der als Mitglied der kommunalen Arbeitgeberverbände aktives ÖTV-Mitglied ist.

354) Zu dem Thema der Gewerkschaftszugehörigkeit von Ministern meint Phillip, FAZ v.21.7.1977, S.7: "Das Verhalten des Gewerkschaftsmitgliedes Minister Doktor Ehrenberg kann jedenfalls als Distanzierung vom Prinzip der parlamentarischen Demokratie verstanden werden. In dem für ihn unausweichlichen Konflikt hat er sich -leuchtendes Beispiel für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes- gegen seine Amtspflicht als Minister und für die Solidarisierung mit einem Gruppeninteresse entschieden." Ähnlich Vetter, FAZ v. 4.5.1977, S.13

Die Gegnerunabhängigkeit der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes ist also nicht so zweifelsfrei wie das BAG ³⁵⁵ anzunehmen scheint, wenn es die Vorschriften des BAT ohne weiteres für rechtmäßig und anwendbar erklärt, ohne die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit, insbesondere die Tariffähigkeit der Gewerkschaften, und hier speziell ihre Gegnerunabhängigkeit, mit einem Wort zu erwähnen, obwohl die Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Amts wegen zu prüfen sind ³⁵⁶.

Zur Klärung der Frage der Gegnerunabhängigkeit der Gewerkschaften ist zu untersuchen, welches die Bemessungskriterien für die Gegnerunabhängigkeit sind.

Hier ist zum einen eine qualitative Betrachtungsweise möglich, derzufolge das Ausmaß des persönlichen Einflusses der einzelnen Arbeitgebervertreter als Mitglieder der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes auf dieselben entscheidend ist. Zum anderen bietet sich eine quantitative Betrachtungsweise an, nach der es auf die Mitgliederstruktur der Beschlußorgane ankommt.

Eine qualitative Betrachtungsweise ist als Bemessungskriterium für die Gegnerunabhängigkeit abzulehnen, da sie nicht praktikabel ist. Zwar kann der Einfluß beispielsweise einer politisch hochgestellten Persönlichkeit der öffentlichen Arbeitgeber als Mitglied in einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes größer sein als die Mitgliedschaft mehrerer, nicht so prominenter Arbeitgebervertreter in einem Beschlußorgan der Gewerkschaft. Jedoch fehlen für das Kriterium der persönlichen Einflußnahmemöglichkeit jegliche Bemessungsgrundlagen; es ist damit einer juristischen Bewertung nicht zugänglich.

355) Insbesondere E 1,63,65 und AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation. Vgl. auch die zahlreichen Entscheidungen des BAG zum BAT, in denen die Tariffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes nicht bezweifelt wird.

356) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 9

Zu Recht hat daher das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Frage der Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberkoalitionen unter dem Mitbestimmungsgesetz nur auf die quantitative Betrachtungsweise abgestellt.

" Soweit hiernach ein Einfluß der Arbeitnehmer auf die Arbeitgeberkoalitionen in Betracht zu ziehen ist, muß dieser hinter dem unterparitätischen Einfluß der Arbeitnehmer in den Unternehmen zurückbleiben. Er hängt ab von der Zahl der im dargelegten Sinne der Arbeitnehmer- oder der Gewerkschaftsseite zuzurechnenden Unternehmensvertreter in den Gremien der Arbeitgebervereinigungen." 357

Anhand der Überprüfung der Mitgliederstruktur der Beschlußorgane der Gewerkschaften läßt sich die Frage der Gegnerunabhängigkeit eindeutig klären. Die letztendliche Entscheidungsgewalt muß den reinen Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sein. Das bedeutet, daß die Beschlußorgane, insbesondere die Große Tarifkommission, welche die anstehenden Fragen mit Stimmenmehrheit entscheidet, mehrheitlich im Sinne einer Stimmenüberparität mit Gewerkschaftsmitgliedern besetzt sein müssen, die keine Funktionen bei den öffentlichen Arbeitgebern innehaben.

- 357) NJW 1979, 699, 710. Ob sich diese numerische Unterlegenheit zukünftig gleichwohl in qualitativer Hinsicht übergewichtig auswirkt, ist eine Frage der Prognose. Hierbei fühlt sich das Gericht (S. 711) gegenwärtig an die Prognose des Gesetzgebers gebunden, läßt jedoch ausdrücklich offen, ob die Frage der Gegnerunabhängigkeit unter qualitativen Gesichtspunkten zukünftig nicht anders zu beurteilen ist.

Eine Mitgliederstrukturierung in den Beschlußorganen der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes, die das Merkmal der Gegnerunabhängigkeit verletzte, ist bislang nicht publik geworden. Daraus läßt sich aber eine abstrakt-generelle Feststellung der Gegnerunabhängigkeit dieser Arbeitnehmerkoalitionen nicht deduzieren; vielmehr hängt die Feststellung der Gegnerunabhängigkeit von der Betrachtung der jeweiligen Mitgliederstruktur in den Beschlußorganen der Gewerkschaften ab. Hier kann sich im Einzelfall - das hätte der Richter festzustellen ³⁵⁸ - eine Konstellation ergeben, die ein Stimmenübergewicht der der Arbeitgeberseite zuzurechnenden Gewerkschaftsmitglieder ausweist. Die Gewerkschaft würde in diesem Falle, solange sich die Besetzung der Beschlußorgane nicht entsprechend den Mindestanfordernissen der Gegnerunabhängigkeit wieder verändert, ihre Koalitionseigenschaft und zugleich die Tariffähigkeit verlieren.

Grundsätzlich kann hiervon für die Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes jedoch nicht ausgegangen werden.

358) Nipperdey, S. 112

3. Gegnerunabhängigkeit der Koalitionen der Länder und Gemeinden

Um die Gegnerunabhängigkeit der Koalitionen der Länder und Gemeinden untersuchen zu können, bedarf es zunächst der Erörterung, wie diese Koalitionen strukturiert sind.

A. Struktur der Arbeitgeberkoalitionen der Länder und Gemeinden

Mitglieder der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) sind die Bundesländer (Die Möglichkeit dazu ergibt sich aus § 4 Abs. 1 der Satzung der TdL), die ihrerseits durch Repräsentanten vertreten werden, zu deren Geschäftsbereich nach der Geschäftsordnung der Landesregierung die Zuständigkeit für das Tarifrecht der Arbeitnehmer des Landes gehört (Arg. § 11 Abs. 1 der Satzung). Dies werden je nach der regierungsinternen Geschäftsverteilung regelmäßig der Innenminister oder der Finanzminister oder beide Minister im Zusammenwirken sein.

Die Mitgliederversammlung beschließt mit einer Mehrheit von drei Fünfteln der abgegebenen Stimmen (§ 8 Abs. 2 der Satzung) u.a. über Abschluß und Kündigung von Tarifverträgen und sonstige Vereinbarungen mit tarifpolitischer Bedeutung (§ 10 Ziffer 4 i.V.m. § 1 Abs. 2 der Satzung). Der Vorstand der TdL besteht aus dem Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern (§ 11 Abs. 1 der Satzung), die von der Mitgliederversammlung aus ihren Reihen berufen werden.

Der Vorstandsvorsitzende führt gemäß § 13 Abs. 1 der Satzung die Tarifverhandlungen mit den Gewerkschaften und unterzeichnet die abgeschlossenen Tarifverträge mit Ausnahme der Anschlußtarifverträge (Beschl. der Mitgl.Vers. zu § 14 der Satzung).

Die tarifliche Willensbildung vollzieht sich innerhalb der TdL also durch die zuständigen Ressortminister, von denen ein Minister als Vorstandsvorsitzender zugleich Verhandlungsgegner der Gewerkschaften ist.

Die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist eine Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG (§ 2 der Satzung der VKA). Mitglieder können die kommunalen Arbeitgeberverbände sein (§ 3 Abs.1 der Satzung); es sind dies die zehn Landesvereinigungen der kommunalen Arbeitgeber.

Die Mitgliederversammlung der VKA besteht aus den Vertretern der Mitgliedsverbände; die Zahl der Vertreter richtet sich nach der Zahl der bei den Mitgliedsverbänden beschäftigten Arbeitnehmer (§ 11 Abs.1 der Satzung). Jeder Verband kann seine Stimme nur einheitlich abgeben (§ 11 Abs. 2 der Satzung).

Die Mitgliederversammlung beschließt mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 19 Abs. 4 der Satzung) u.a. über den Abschluß und die Kündigung von Tarifverträgen (§ 12 Abs. 1 Ziffer 4 der Satzung).

Das Präsidium der VKA, welches aus den Vorsitzenden der Mitgliedsverbände, den Vorsitzenden der Gruppenausschüsse der VKA und dem Hauptgeschäftsführer der VKA besteht (§ 13 Abs. 1 der Satzung), berät die von der Mitgliederversammlung zu entscheidenden Fragen vor und spricht Beschlußempfehlungen aus (§ 14 Abs.1 Ziffer 2 der Satzung).

Der Vorstand der VKA, bestehend aus dem Vorsitzenden der VKA, dem Hauptgeschäftsführer der VKA und deren Stellvertretern (§ 15 Abs. 1 der Satzung) führt die Geschäfte der VKA, soweit es sich nicht um laufende Geschäfte handelt, und vertritt die VKA insoweit gerichtlich und außergerichtlich. Jedes Vorstandsmitglied hat Einzelvertretungsbefugnis; jedoch gilt im Innenverhältnis, daß der Vorsitzende und der Hauptgeschäftsführer gemeinsam handeln (§ 15 Abs. 2 der Satzung).

Die Mitgliederversammlung vollzieht also die tarifliche Willensbildung, wobei das Präsidium beratend und empfehlend mitwirkt; der Vorstand ist durch den Vorsitzenden und den Hauptgeschäftsführer der VKA, im Verhinderungsfalle durch deren Stellvertreter, Verhandlungsgegner der Gewerkschaften.

B. Demokratieprinzip und Gegnerunabhängigkeit im öffentlichen Dienst

Es ist naheliegend, die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberkoalitionen der Länder und Gemeinden anhand der dargelegten Mindestanforderungen zu untersuchen, die an dieses Kriterium der Tariffähigkeit gestellt werden müssen. Jedoch ist auch hier zu beachten, daß die Bedingungen, unter denen die Tarifautonomie im Bereich der Privatwirtschaft funktionsfähig ist, nicht ohne weiteres auf den öffentlichen Dienst transponibel sind.

In Bezug auf das Merkmal der Gegnerunabhängigkeit liegt die Ursache hierfür darin, daß unsere Rechtsordnung nicht nur den gleichen Zugang jedes Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu jedem öffentlichen Amte kennt (Art. 33 Abs. 2 GG), sondern aufgrund des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) auch keine Regelung enthält, die die Übernahme eines politischen Amtes ³⁵⁹ durch einen Vertreter einer Berufsorganisation untersagt.

Auch Mitglieder der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes haben damit die Möglichkeit der Übernahme eines Amtes, das sie befähigt, an der tariflichen Willensbildung auf Seiten der öffentlichen Arbeitgeber mitzuwirken und sogar die Position als Verhandlungspartner der Gewerkschaften einzunehmen.

Es stellen sich daher die Fragen, ob Art. 20 Abs. 1 und 2 GG dem Demokratieprinzip bewußt den Vorrang vor dem Merkmal der Gegnerunabhängigkeit der Amtsträger, die zugleich Arbeitgebervertreter sind, gegeben und damit das Fehlen dieses Merkmals in Bezug auf die öffentlichen Arbeitgeber in Kauf genommen hat, ob dieses Merkmal für die Arbeitgebervertreter des öffentlichen Dienstes überhaupt verzichtbar ist, welche Konsequenzen sich hieraus für die kompetenten Amtsträger in ihrer Eigenschaft als Vertreter der öffentlichen Arbeitgeber ergeben und welche Schlüsse daraus in Hinblick auf die Koalitionen der Länder und Gemeinden zu ziehen sind.

359) Art. 33 Abs. 2 GG erfaßt nicht die politischen Ämter (Parlamentsabgeordnete, Regierungsmitglieder, Staatssekretäre, Gemeinderäte, Bürgermeister, Landräte u.ä.); vgl. Maunz-Dürig-Maunz, Art. 33, Rdn. 14

Aus den Verhandlungen des Grundsatzausschusses, des Allgemeinen Redaktionsausschusses sowie des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates wird deutlich, daß der Verfassungsgeber das Spannungsverhältnis zwischen der sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Möglichkeit der Übernahme eines Amtes, welches Funktionen als Arbeitgebervertreter in sich birgt, durch Mitglieder von Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes und dem Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber nicht gesehen hat ³⁶⁰. Eine Intention des Verfassungsgebers, auf das Merkmal der Gegnerunabhängigkeit in Bezug auf die öffentlichen Arbeitgeber zu verzichten, kann daher aus den Materialien zum Grundgesetz nicht konkludiert werden. Auch in anderen Gesetzen sind hierzu keine Aussagen enthalten ³⁶¹; ihrer hätte es allerdings bedurft, um Anhaltspunkte für eine Interpretation des Demokratieprinzips in diesem Sinne zu finden.

Eine Deutung des Demokratieprinzips als Verzicht auf die Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgebervertreter würde auch in unlösbarem Widerspruch zu den Regeln der in ihrem Kernbereich durch Art. 9 Abs.3 GG geschützten Tarifautonomie stehen.

360) Vgl. dazu die Entstehungsgeschichte der Art. 20 und 33 Abs. 2 GG in JöR n.F. Bd. 1, S.195-202 und 310-313.

361) Zu den Besonderheiten in Hinblick auf die Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts vgl. unten unter B 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, II,5

Ebenso wie im Bereich der Privatwirtschaft ist auch im öffentlichen Dienst kein Regelungsmechanismus erkennbar, der unter Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit ersetzen könnte. Beiden Bereichen ist gemein, daß das dem Tarifvertragssystem immanente kontradiktorische Verhandlungsverfahren eine polarisierte Vertretung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Interessen voraussetzt. Dies gilt in besonderem Maße für die öffentlichen Arbeitgeber, deren Funktion stets im Gesamtzusammenhang der staatlichen Interessen und Aufgaben auf wirtschafts-, finanz- und sozialpolitischem Gebiete gesehen werden muß.

Damit stellt sich das Problem, wie der Antagonismus zwischen der sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Möglichkeit der Innehabung von Ämtern mit Arbeitgeberfunktion durch Gewerkschaftsmitglieder des öffentlichen Dienstes und dem Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgebervertreter, die diese Funktion im Rahmen ihres Amtes innerhalb der Hoheitsverwaltung wahrnehmen, zu lösen ist.

Das Spannungsverhältnis zwischen Amtspflicht und Koalitionsbetätigung ist nicht nur dem öffentlichen Dienst immanent, sondern auch im Betriebsverfassungs-³⁶² und Personalvertretungsrecht ³⁶³ bekannt.

Beschäftigte, die im Rahmen des BetrVG bzw. des BPersVG Aufgaben wahrnehmen, werden hierdurch in der Betätigung für ihre Gewerkschaft auch im Betrieb bzw. in der Dienststelle nicht beschränkt (§§ 74 Abs.3 BetrVG, 67 Abs.2 BPersVG). Allerdings sind ihrer Koalitionsbetätigung im Betrieb bzw. Dienststelle insoweit Grenzen gesetzt, als sie ihr Amt nicht für Koalitionszwecke einsetzen dürfen ³⁶⁴.

362) Dazu eingehend Kraft, ZfA 1973, 243 ff

363) Hierzu Dietz-Richardi, BPersVG, § 67, Rdn.41 ff, 43 m.Nachw.

364) Bez. des BetrVG Kraft, ZfA 1973, 262; hins. des BPersVG Dietz-Richardi, BPersVG, § 67, Rdn 41

Der Grund für diese weitgehende Parallelität von Amtspflicht und Koalitionsbetätigung liegt darin, daß die mit betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtlichen Aufgaben betrauten Personen hierdurch ihren Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtenstatus nicht verlieren und daher des Schutzes durch ihre Gewerkschaft nicht verlustig gehen sollen.

Der Dualismus von Amtspflicht und Koalitionsbetätigung ist im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht nur deswegen harmonisierbar, weil den mit Aufgaben nach dem BetrVG bzw. BPersVG befaßten Personen nicht die Funktion eines Verhandlungsgegners der Gewerkschaften zukommt. Den öffentlichen Arbeitgebervertretern hingegen obliegt mit der Übernahme ihres Amtes die Rolle des Antipoden der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes. Ihre Funktion geht allerdings weit darüber hinaus, da sie bei den Tarifverhandlungen zugleich staatliche Belange zu berücksichtigen haben³⁶⁵. Die dadurch bedingte besondere Notwendigkeit der Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgebervertreter wird deutlich anhand eines Vergleichs der Folgen der Gegnerabhängigkeit im privatwirtschaftlichen Bereich und im öffentlichen Dienst.

Ist eine im privatwirtschaftlichen Bereich tätige Arbeitgebervereinigung gegnerabhängig und damit tarifunfähig, so verbleibt den Gewerkschaften als Tarifvertragspartner der Einzelarbeitgeber, da dieser durch eine Verbandszugehörigkeit seine Tariffähigkeit nicht verliert³⁶⁶. Ist auch der Einzelarbeitgeber infolge Gegnerabhängigkeit tarifunfähig³⁶⁷, so wird der Abschluß eines Tarifvertrages obsolet, da es zur

365) Dazu Rupp, S. 175

366) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.59; Zöllner, Arbeitsrecht, S.247

367) Vgl. oben B 1.Teil, 3.Kapitel, 1.Abschnitt, II, 2

Regelung der Arbeitsverhältnisse zwischen dem gewerkschaftlich beherrschten Arbeitgeber und den bei eben dieser Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmern der Ordnungs- und Befriedungsfunktion des Tarifvertrages nicht bedarf. Sind hingegen die Vertreter der öffentlichen Arbeitgeber gegnerabhängig, so ist damit die Interessenpolarität zwischen Staat und Gewerkschaften keineswegs beseitigt; es besteht allerdings die Gefahr, daß sie in den Tarifverhandlungen keinen adäquaten Niederschlag findet. Aus diesem Grunde ist es notwendig, daß die öffentlichen Arbeitgebervertreter gegnerunabhängig sind.

Diese Aussage steht nicht in Widerspruch zu der aus dem Demokratieprinzip folgenden Zugangsmöglichkeit auch der Gewerkschaftsmitglieder des öffentlichen Dienstes zu allen Ämtern, denn die Zugangsmöglichkeit wird durch das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit nicht tangiert; erst die Übernahme des betreffenden Amtes bringt die Pflicht mit sich, während der Dauer der Amtsausübung die bestehende Gewerkschaftszugehörigkeit zu beenden.

Ein bloßes Ruhen der Mitgliedschaft kann nicht als ausreichend angesehen werden, da zwar alle Rechte und Pflichten durch das Ruhen der Mitgliedschaft zum Erliegen kommen, jedoch die Mitgliedschaft als solche fortbesteht und damit in Hinblick auf ihre spätere Reaktivierung Interessenkollisionen auftreten können, die die unbeeinflusste Willensbildung auf Arbeitgeberseite gefährden. Der Amtsträger muß vor Interessenkonflikten, die die pflichtgemäße Ausübung seines Amtes gefährden, dadurch bewahrt werden, daß er durch die Beendigung der Gewerkschaftsmitgliedschaft die organisatorische Verbindung zur Gegenseite löst und damit ihrem Einflußbereich formell entzogen ist.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß die Beendigung der Gewerkschaftsmitgliedschaft keine sichere Gewähr dafür bietet, daß der Amtsträger nicht auch weiterhin mit der betreffenden Gewerkschaft sympathisiert. Die Austrittserklärung kann ein reines Lippenbekenntnis des Amtsträgers bezüglich seiner Gegnerunabhängigkeit darstellen. Jedoch lassen sich Bemessungskriterien für eine absolute Gegnerunabhängigkeit, die nicht nur formell in Hinblick auf die fehlende Mitgliedschaft in der Gegenpartei, sondern auch materiell in Hinblick auf die ideelle Divergenz zur Gegenseite besteht, nicht finden. Es muß daher als bewertungsfähige Mindestanforderung das formelle Kriterium der Nichtmitgliedschaft beim sozialen Gegenspieler genügen.

Dem steht die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte positive Koalitionsfreiheit nicht entgegen. Gemäß Art. 20 Abs. 2 GG wird die vom Volke ausgehende Staatsgewalt durch besondere Organe der Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübt. Mit der Übernahme des Amtes hat der Amtsträger Aufgaben im Rahmen der Ausübung der Staatsgewalt übernommen und ist dem Gemeinwohl verpflichtet, was seinen besonderen Niederschlag in dem geleisteten Amtseid ³⁶⁸ findet.

368) Art. 64 Abs. 2 GG; entsprechende Bestimmungen befinden sich in den Länderverfassungen, Landkreis- und Gemeindeordnungen

Soweit die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes hiermit in Widerstreit steht, muß die positive Koalitionsfreiheit des Amtsträgers nach der Lehre von den immanenten Schranken der Grundrechte ³⁶⁹ hinter der vom Amtsträger freiwillig übernommenen Verpflichtung im Rahmen des Art. 20 Abs. 2 GG, seine Kraft dem Wohle der Allgemeinheit zu widmen und seine Pflichten gewissenhaft zu erfüllen, zurücktreten. Art. 20 Abs.2 GG legitimiert die Ausübung der Staatsgewalt durch besondere staatliche Organe nur insoweit, als sie dem in Wahlen zum Ausdruck gekommenen Volkswillen entspricht ³⁷⁰. Es muß sichergestellt sein, daß die Wahrnehmung übertragener Machtbefugnisse durch die hierzu berufenen Staatsorgane nicht in deren eigenem Interesse, sondern im Interesse des Volkes geschieht ³⁷¹. Soweit gruppenegoistische Interessen hiermit in Widerstreit stehen, fehlt es an einer Legitimation des politischen Amtsträgers für ihre Berücksichtigung. Insoweit wird die positive Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs.3 GG durch das Demokratieprinzip des Art.20 Abs. 2 GG überlagert.

Für den politischen Amtsträger besteht jedoch realiter kein erzwungener Grundrechtsverzicht, da die Übernahme des Amtes freiwillig erfolgt und ihr daher die freie Willensentscheidung des Amtsträgers zugrunde liegt, die Staatsgewalt in den Grenzen des Art. 20 Abs. 2 GG auszuüben und jede Betätigung für Gruppeninteressen, soweit sie hiermit in Widerstreit stehen, zu unterlassen.

- 369) Vgl.BVerfGE 12,1,4; 32,98,108; NJW 1972,1184: Ein vom Grundgesetz ohne Vorbehalt gewährleistetes Grundrecht wird "weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Güterabwägungsklausel relativiert. Seine Grenzen dürfen nur von der Verfassung selbst, d.h. nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems gezogen werden."
- 370) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, II, Rdn.46
- 371) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, II, Rdn. 46 m.Nachw.

Damit scheidet auch die Möglichkeit einer Vertretung des gegnerabhängigen Amtsträgers durch einen Amtskollegen im Tarifkonflikt aus. Der Amtsträger muß von sich aus alle Voraussetzungen erfüllen, um das von ihm übernommene Amt umfassend und erschöpfend wahrnehmen zu können ³⁷².

Eine Möglichkeit, die für Tarifrfragen auf Arbeitgeberseite zuständigen Amtsträger auf gerichtlichem Wege, etwa durch eine Verpflichtungsklage, zur Beendigung der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes zu zwingen, besteht allerdings nicht, da unsere Rechtsordnung weder auf Bundes-, Landes- noch auf Kommunalebene (hier allerdings nur insoweit, als es sich um Selbstverwaltungsangelegenheiten handelt) ein Rechtsmittel kennt, um die politischen Amtsträger zur Vornahme von Handlungen zu verpflichten ³⁷³.

Solange demnach die Mitgliedschaft eines mit Arbeitgeberfunktion betrauten Amtsträgers nicht beendet und damit die Gefahr der Beeinflussung durch die Gegenseite nicht gebannt ist, kommt der betreffenden Körperschaft des öffentlichen Rechts keine Tariffähigkeit zu.

- 372) Hinsichtlich der für Tarifrfragen zuständigen Ressortminister ergibt sich dies unmittelbar aus Art.65 GG bzw. den einschlägigen Vorschriften der Länderverfassungen; vgl. z.B. Art. 49 Abs. 1 Verf.Bad.-Würt.; 102 Verf.Hess.; 104 Verf.Rh.-Pf. Gleiches muß auch auf Kommunalebene gelten.
- 373) Es besteht lediglich die Möglichkeit der Entlassung des betreffenden Amtsträgers durch den Regierungschef - vgl. Art.64 Abs.1 GG sowie die entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen-, die Abwahl des Regierungschefs selbst bzw. des Rücktritts des betreffenden Amtsträgers. Auf Kommunalebene ist darüber hinaus die Einleitung eines Disziplinarverfahrens möglich, so gemäß § 75 HessGO. Zu den Disziplinarmaßnahmen gehört aber nicht die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung; vgl. § 5 Hess.DisziplinarO

Tarifverträge, die von dem gegnerabhängigen Amtsträger für die Körperschaft abgeschlossen werden, sind nichtig; die Wirksamkeit von Tarifverträgen, die zum Zeitpunkt des Amtsantrittes des gegnerabhängigen Amtsträgers in Kraft sind, wird hierdurch allerdings regelmäßig nicht berührt 374.

Die Gewerkschaften können jedoch ihrerseits für eine Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber sorgen, indem sie satzungsgemäß die Mitgliedschaft von der Arbeitgeberseite zugehörigen Personen in ihren Reihen ausschließen. Darüber hinaus kann die die Tarifunfähigkeit der betreffenden Körperschaft begründende pflichtwidrige Gewerkschaftsmitgliedschaft des Amtsträgers ein gewerkschaftsschädigendes Verhalten darstellen und die Gewerkschaft damit zum Ausschluß des nämlichen Amtsträgers berechtigen 375.

374) Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn. 20

375) Ob im Einzelfall ein gewerkschaftsschädigendes Verhalten vorliegt, bestimmt sich nach dem Satzungsinhalt sowie im Falle einer diesbezüglichen Generalklausel nach ihrer nur begrenzt gerichtlich nachprüfbaren Auslegung durch das zuständige Gewerkschaftsorgan.

C. Auswirkungen auf die Arbeitgeberkoalitionen
des öffentlichen Dienstes

Ist der zuständige Ressortminister gegnerabhängig, so verliert das betreffende Bundesland seine Tariffähigkeit. Dadurch wird jedoch nach den dargestellten Grundsätzen über die Gegnerunabhängigkeit von Berufsverbänden ³⁷⁶ die Tariffähigkeit der TdL nicht berührt, solange die gemäß § 8 Abs. 2 der Satzung notwendige Beschlußmehrheit von drei Fünfteln der Mitgliederversammlung durch Mitgliedervertreter repräsentiert wird, die gegnerunabhängig sind. Das bedeutet, daß das betreffende Bundesland nicht Partei eines Einzeltarifvertrages mit den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes sein, wohl aber durch die TdL repräsentiert werden kann, da es beim Verbandstarifvertrag nicht selbst Vertragspartei, sondern lediglich gemäß § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden ist. Es muß gesichert sein, daß eine den Mindestanforderungen genügende unbeeinflusste Willensbildung der TdL gewährleistet wird; das der TdL angehörende tarifunfähige Bundesland als Arbeitgeber muß gemäß § 4 Abs. 1 TVG die Geltung der festgelegten Tarifnormen auch dann für sich als unmittelbar und zwingend anerkennen, wenn sie nicht seinen Wünschen und Vorstellungen entsprechen ³⁷⁷. Gleichzeitig wird dadurch verhindert, daß in dem betreffenden Bundesland durch das Fehlen von gültigen Tarifverträgen eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Störung des Arbeitsfriedens entsteht.

376) Oben B 1. Teil, 3. Kapitel, 3. Abschnitt, II, 1, B d

377) Es bleibt dem betreffenden Mitglied der TdL allerdings unbenommen, gemäß § 4 Abs. 2 der Satzung aus der TdL auszutreten.

Die TdL kann ihrerseits durch ergänzende Satzungsbestimmungen dafür Sorge tragen, daß Bundesländer, die infolge der Gegnerabhängigkeit der zuständigen Ressortminister tarifunfähig sind, nicht Mitglied der TdL werden und somit die unbeeinflusste Willensbildung auch nicht unterminieren können.

Entsprechende Grundsätze gelten für die VKA.

Hier ist jedoch zu beachten, daß sich die tarifliche Willensbildung auf drei Ebenen vollzieht, und zwar auf Kommunalebene, im Bereich der Landesverbände der kommunalen Arbeitgeber und hauptsächlich in der VKA. Ist der kommunale Amtsträger als Arbeitgebervertreter gegnerabhängig, so führt dies zur Tarifunfähigkeit der Kommune, nicht jedoch des entsprechenden Landesverbandes. Ist ein Landesverband gegnerabhängig, so führt dies nicht zur Tarifunfähigkeit der VKA, solange die erforderliche Mehrheit der Repräsentanten der Landesverbände im Beschlußorgan der VKA gegnerunabhängig ist und diese Repräsentanten nicht an Weisungen gegnerabhängiger Landesverbände gebunden sind.

Die VKA ihrerseits ist Tarifpartner der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes (§ 2 Ziffer 2 der Satzung); die Landesverbände sind gemäß § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden. Gleiches ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 der Satzung. Die Mitglieder der Mitgliedsverbände sind gemäß § 6 Abs. 2 Ziff. 1 ebenfalls tarifgebunden ³⁷⁸.

378) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 266: Bei Spitzenorganisationen sind in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der Mitgliedsverbände stets tarifgebunden.

Ergänzend ist anzumerken, daß das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit auch für die Verhandlungsvertreter der TdL und der VKA gelten muß, da diese sonst zu einer nachhaltigen Vertretung der Interessen der Koalitionen wegen des für sie bestehenden Interessenkonfliktes nicht in der Lage wären. Sie nehmen Einfluß auf den Inhalt der Tarifverträge und wirken damit indirekt auch auf die Beschlußfassung der Mitgliederversammlungen ein. Die Koalitionen müssen daher sicher sein können, daß ihre Interessen sachgerecht wahrgenommen werden, da sonst das der Tarifautonomie immanente Prinzip der Gegen- und Gleichgewichtigkeit nicht mehr gewahrt wäre.

Die Gegnerunabhängigkeit der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände läßt sich aufgrund der Mitgliederfluktuation nicht generell-abstrakt feststellen, sondern unterliegt der Prüfung im Einzelfall. Die vorliegende Untersuchung kann daher nicht abschließend zu diesem Problembereich Stellung nehmen, sondern nur die Bewertungskriterien für die Gegnerunabhängigkeit darstellen. Bislang sind jedenfalls Zweifel an der Gegnerunabhängigkeit der Tarifkoalitionen der Länder und Gemeinden nicht geäußert worden.

4. Gegnerunabhängigkeit des Bundes als Einzelarbeitgeber

Der Begriff des Arbeitgebers bedarf in Hinblick auf die Bundesrepublik Deutschland näherer Erläuterung. Der Bund als Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit als juristische Person ist eigenständiger Arbeitgeber³⁷⁹. Er kann klagen und verklagt werden; in seinem Namen werden Arbeitsverträge abgeschlossen, geändert und beendet. Eine juristische Person als solche ist aber nicht willensfähig und kann daher auch nicht gegnerabhängig sein. Wie Nipperdey³⁸⁰ zu Recht nachweist, kommt es daher auf die natürliche Person oder Personengruppe an, die die Willensbildung der juristischen Person als deren Beschlußorgan vollzieht³⁸¹.

Das mit der Willensbildung des Arbeitgebers BRD auf dem Gebiete des Tarifrechts befaßte Organ ist der Bundesinnenminister³⁸². Er nimmt als Ressortchef des Innenministeriums, dessen Abteilung D sich mit dem Personalrecht des öffentlichen Dienstes befaßt³⁸³, die tarifrechtlichen Belange des öffentlichen Dienstes selbständig und unter eigener Verantwortung wahr³⁸⁴, da diese Materie -soweit ersichtlich- nicht der

379) Nipperdey, S. 92

380) S. 92 f m.Nachw.

381) Nipperdey, S.92 f, nennt sie den "konkreten Prinzipal" im Gegensatz zur juristischen Person als "abstraktem Prinzipal".

382) Faude-Fritz, S.25, 73; Weitbrecht, StK, Ab. 11, S. 16

383) Erb, Handbuch, unter BMI, S. 1

384) Vgl.dazu Art. 65 Satz 2 GG und § 3 des Gesetzes über die Zuständigkeit auf dem Gebiet des Rechts des öffentlichen Dienstes v.20.8.1960, BGBl. 1960, Teil 1, S. 705

Beschlußfassung der Bundesregierung gemäß § 15 GeschOBReg unterliegt³⁸⁵. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich auch aus den §§ 40 Abs.1 BHG, 24 HGrG, wonach der Abschluß von Tarifverträgen sowie die Gewährung von Über- oder außertariflichen Leistungen der Einwilligung des Bundesministers der Finanzen bedarf, wenn diese Maßnahmen zu Einnahmenminderungen oder zusätzlichen Ausgaben führen. Ein Kabinettsbeschluß ist also gesetzlich nicht vorgesehen; eine Mitbestimmung des Bundesministers der Finanzen besteht nur in den vorgenannten Fällen. Der Regelfall ist demnach die Alleinzuständigkeit des Bundesinnenministers.

Voraussetzung für die Tariffähigkeit des Bundes ist demnach, daß der Bundesinnenminister als Entscheidungsorgan des Bundes in dessen Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber nicht einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes angehört. Fraglich ist allerdings, ob das Gebot der Gegnerunabhängigkeit auch weitere Personen über den Bundesinnenminister hinaus erfaßt. So darf nicht übersehen werden, daß jeder Minister seinen Geschäftsbereich gemäß Art.65 Abs.1 GG nur innerhalb der politischen Richtlinien des Bundeskanzlers leiten darf und daher hinsichtlich dieser Richtlinien in seinen Entscheidungen gebunden ist³⁸⁶.

385) Die in § 15 Abs.1 GeschOBReg angesprochenen Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung dürften ressortübergreifenden Charakter haben und nicht in der Entscheidung eines Ministers liegen: vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.65,Rdn.6.

Allerdings kann in Ermangelung weitergehender Informationen nicht ausgeschlossen werden, daß ein nicht veröffentlichter Kabinettsbeschluß oder eine Übung besteht, tarifrechtliche Fragen im Gremium des Kabinetts zu entscheiden.

386) § 1 Abs. 1 GeschOBReg; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 65, Rdn.4; Böckenförde, S. 206

Darüber hinaus kann es in der Praxis vorkommen, daß sich der Bundesinnenminister bezüglich seiner tariflichen Entscheidungen der Zustimmung seiner Ressortkollegen versichern wird, um politischen Rückhalt in der Bundesregierung zu erhalten. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß dem Bundesinnenminister bei seinen Entscheidungen ein Stab von Fachleuten aus der Abteilung D des Ministeriums zur Verfügung steht, die ihn beratend unterstützen. Da der vorgenannte Personenkreis die Entscheidungen des Bundesinnenministers beeinflussen kann, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Gegnerunabhängigkeit auch dieser Personen.

Hinsichtlich der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers ist festzustellen, daß Richtlinien stets von allgemeiner und grundlegender Bedeutung sind.

" Sie geben die Richtung, das Prinzipielle der Regierungspolitik an und bedürfen in der Regel selbständiger gestaltender Verwirklichung und Konkretisierung durch die zuständigen Ressortminister." 387

In diesem Rahmen bleibt dem Minister die Entscheidung, welche Maßnahmen er zur Verwirklichung der Richtlinien ergreifen will, überlassen ³⁸⁸. Daraus folgt, daß der Bundesinnenminister hinsichtlich seiner tariflichen Entscheidungen durch die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers weder weisungsgebunden noch nachhaltig beeinflußt ist. Das bedeutet, daß das Gebot der Gegnerunabhängigkeit die Person des Bundeskanzlers generell nicht erfaßt. Ein anderes muß nur dann gelten, wenn sich der Bundeskanzler im Einzelfall die Entscheidung über tarifliche Fragen vorbehält.

387) Krüger, S.39; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.65, Rdn.4; ähnlich Böckenförde, S.206 f; vgl. auch § 1 Abs.1 Satz 2 der GeschOBReg.

388) Böckenförde, S. 207

Dies ist dann legitim, wenn ein Prinzip der Richtlinien des Kanzlers seinen Sitz gerade in der konkreten tariflichen Sachfrage hat ³⁸⁹.

In diesem Fall vollzieht sich die Willensbildung maßgebend über den Bundeskanzler, so daß seine Gegnerzugehörigkeit den Verlust der Tariffähigkeit des Bundes bedeuten würde.

Die Ministerkollegen sowie die Mitarbeiter im Innenministerium dürfen -mit Ausnahme des Bundesfinanzministers im Falle des § 40 BHO- allenfalls beratend, aber nicht mitentscheidend mitwirken. Es bleibt jeder mit der Willensbildung auf dem Gebiete des Tarifrechts befaßten Person unbenommen, sich von dritter Seite Rat zu holen, auch wenn die beratende Person selbst der Gegenseite als Mitglied angehört, solange die Entscheidungsgewalt nicht durch ein Mitwirkungsrecht dieser dritten Seite beschränkt wird.

Ausschlaggebend für das Merkmal der Gegnerunabhängigkeit ist nicht die mangelnde tatsächliche, sondern die fehlende rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf die letztendliche Willensbildung der Tarifpartei. Zudem ist das Ausmaß der tatsächlichen Einflußnahmemöglichkeit beratender Personen juristisch nicht meßbar, solange eine konkrete Mitentscheidungsbefugnis fehlt.

Eine Besonderheit gilt für die Person des Bundesfinanzministers im Falle des § 40 BHO. Da er in diesem Falle maßgeblich an der tariflichen Willensbildung und Entscheidung des Bundes als Arbeitgeber durch das Erfordernis seiner Einwilligung in die Vorschläge des Bundesinnenministers beteiligt ist, erstreckt sich das Gebot der Gegnerunabhängigkeit auch auf seine Person.

389) Allg.ebenso Böckenförde, S.207; ähnlich Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 65, Rdn. 4,10

Die Ausdehnung des Erfordernisses der Gegnerunabhängigkeit auch auf die Person des Bundeskanzlers bzw. des Bundesfinanzministers im Einzelfall entspricht der eigentümlichen Entscheidungsstruktur über tarifliche Fragen innerhalb der Bundesregierung; sie ist infolge der Verquickung von Richtlinienkompetenz, Staatshaushalt und Arbeitgeberfunktion durch gesetzliche Regelungen bedingt. Solange der Bundeskanzler bzw. der Bundesfinanzminister an den Entscheidungen über Tariffragen nicht mitwirken, ist die Gegnerunabhängigkeit dieser Personen zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens im öffentlichen Dienst durch Tarifverträge nicht notwendig; eine Forderung nach genereller Gegnerunabhängigkeit dieser Personen überspannt daher die im Rahmen des § 2 Abs.1 TVG erforderliche Reglementierung der Tariffähigkeit von Einzelarbeitgebern in unzulässiger Weise.

Im Regelfall gilt das Gebot der Gegnerunabhängigkeit demnach nur für den Bundesinnenminister.

Eine abstrakt-generelle Aussage über die Gegnerunabhängigkeit des Bundesinnenministers läßt sich nicht treffen. Bislang hat -soweit ersichtlich- keiner der Innenminister des Bundes einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes angehört. Dies würde auch mit den Amtspflichten des Ministers, soweit sie Arbeitgeberfunktionen beinhalten, unvereinbar sein. Sollte im Einzelfall der Minister entgegen den durch die Pflichten seines Amtes gesetzten Prioritäten die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes nicht beenden, so würde dies zur Tarifunfähigkeit des Bundes als Einzelarbeitgeber führen. Gleiches gilt in den genannten Ausnahmefällen in Bezug auf den Bundeskanzler und den Bundesfinanzminister.

Die betreffenden Personen können sich auch nicht durch andere Regierungsmitglieder gemäß den §§ 8, 14 GeschOBReg vertreten lassen, da hier keine Verhinderung (Krankheit, Urlaub, Verschollenheit etc)³⁹⁰ im Sinne der vorgenannten Vorschriften vorliegt, sondern der Willensbildungsprozeß durch eine Interessenkollision behindert ist.

Den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes - darauf wurde bereits oben hingewiesen ³⁹¹ - bleibt es jedoch unbenommen, durch Satzungsbestimmungen die Zugehörigkeit von Regierungsmitgliedern in ihren Reihen auszuschließen und gegebenenfalls von ihrem Ausschlußrecht wegen gewerkschaftsschädigenden Verhaltens Gebrauch zu machen.

Losgelöst von diesen Überlegungen ist allerdings festzustellen, daß das Problem der Gegnerunabhängigkeit des Bundes als Einzelarbeitgeber bislang in der Praxis noch nicht aktuell geworden ist und sich diesbezüglich auch keine Anhaltspunkte für eine generelle Rechtswidrigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst finden lassen.

390) Vgl. Honnacker-Grimm, § 14, Anm. 2 i.V.m. § 8, Anm. 3

391) B, 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, II, 3

5. Gegnerunabhängigkeit der Selbstverwaltungs- körperschaften des öffentlichen Rechts

Die Frage der Gegnerunabhängigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts bereitet besondere Schwierigkeiten, da hier ein Mitwirkungsrecht der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes bei der Willensbildung der Beschlußorgane teilweise gesetzlich vorgesehen ist, teilweise durch die gesetzlich festgelegte Zusammensetzung der Beschlußorgane ermöglicht wird.

A. Bundesbahn und Bundespost

Die Beschlußfassung auf Seiten der Deutschen Bundespost liegt beim Postverwaltungsrat in den durch § 12 PVerwG³⁹² vorgesehenen Fällen, zu denen tarifrechtliche Fragen nicht gehören. Im übrigen entscheidet der Bundespostminister gemäß § 2 Abs.1 PVerwG eigenverantwortlich; er ist auch zur Vertretung der Bundespost beim Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigt³⁹³.

Eine wesentliche Beeinflussung seiner Alleinentscheidungskompetenz liegt jedoch in der Beschlußfassung des Postverwaltungsrates über den jährlichen Voranschlag gemäß § 12 Abs.1 Ziff. 1 PVerwG. Damit ist dem Postverwaltungsrat ein Einfluß auf alle mit der Verwaltung zusammenhängenden finanziellen Fragen und hierdurch auch auf Fragen der Tarifgestaltung eingeräumt³⁹⁴. Es bedarf jedoch die Frage, welchen Einfluß der Postverwaltungsrat kraft seiner Feststellungskompetenz des Voranschlages sowie etwaiger Nachträge auf die tarifliche Willensbildung des Bundespostministers nehmen kann, keiner weiteren Vertiefung.

392) V. 24.7.1953, BGBI. 1953, Teil 1, S. 676 ff

393) § 1 Abs.1 Zust.VO v.1.8.1953, BGBI. 1953, Teil 1, S.715
i.d.F. v. 24.10.1968, BGBI. 1968, Teil 1, S. 1133

394) Nipperdey, S. 105

Selbst wenn diese Einflußnahmemöglichkeit als im Hinblick auf das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit bedeutsam angesehen wird, so wirft doch die Feststellung der Gegnerunabhängigkeit des Postverwaltungsrates keine Probleme auf. Gemäß § 5 Abs.2 PVerwG besteht der Rat aus 24 Mitgliedern, davon 7 gewerkschaftlich organisierten Vertretern des Personals der Deutschen Bundespost. Die deutliche Stimmenmehrheit und damit die Letztentscheidungsfähigkeit liegt also bei den gegnerunabhängigen Ratsmitgliedern. Diese Regelung läßt den Schluß zu, daß der Arbeitnehmerseite zwar eine Einflußnahmemöglichkeit auf die Beschlußfassung des Postverwaltungsrates zugebilligt werden, sie aber unter der Quote von einem Drittel der stimmberechtigten Mitglieder belassen sein sollte ³⁹⁵, da sonst die Zahl gerade der "Gewerkschaftsvertreter" nicht so exakt fixiert und in Gegensatz zu den übrigen Mitgliedern gestellt worden wäre, sondern sich der Gesetzgeber auf die Verwendung des Begriffs "Personalvertreter" beschränkt hätte. Dieser Umstand muß bei der Ernennung der übrigen Ratsmitglieder Beachtung finden. Sie dürfen keiner im Postbereich tätigen Gewerkschaft angehören.

Danach kommt es für die Tariffähigkeit der Deutschen Bundespost auf die Gegnerunabhängigkeit des Bundespostministers an. Diesbezüglich gelten die hinsichtlich des Bundesinnenministers aufgestellten Grundsätze ³⁹⁶ entsprechend.

395) So ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit für die Wahl des Vorsitzenden gemäß § 9 Abs.1 PVerwG vorgesehen. Außerdem werden die Gewerkschaftsmitglieder aus der Reihe der vorgeschlagenen Kandidaten durch die Bundesregierung ausgewählt (§ 7 PVerwG)

396) Oben B, 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, II, 4

Eine Besonderheit ergibt sich aus der Vorschrift des § 26 PVerwG, demzufolge die Tarifvereinbarungen im Einvernehmen mit dem Bundesfinanzminister und dem Bundesinnenminister zu schließen sind, wenn sie wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung geeignet sind, die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen in anderen Zweigen der Bundesverwaltung zu beeinflussen. Jedoch entspricht es nahezu einhelliger Meinung, daß die Mißachtung dieser Vorschrift die Tariffähigkeit der Deutschen Bundespost nicht berührt ³⁹⁷.

Wird allerdings gemäß § 26 PVerwG das Einvernehmen herbeigeführt, so erstreckt sich das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit außer auf den Bundesinnenminister, für den es schon kraft seines Amtes gilt, auch auf den Bundesfinanzminister.

Die Geschäfte der Deutschen Bundesbahn werden vom Vorstand geleitet, der sich aus dem Vorsitzenden und 3 weiteren Mitgliedern zusammensetzt (§ 8 Abs.1 BBahnG) und die Bundesbahn gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 9 Abs.1 BBahnG). Er muß als Verhandlungspartner der Gewerkschaften gegnerunabhängig sein. Die Vorstandsmitglieder werden im Einvernehmen mit dem Bundesbahnverwaltungsrat vom Bundesverkehrsminister vorgeschlagen und aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung vom Bundespräsidenten unter Berufung in das Beamtenverhältnis ernannt (§ 8 Abs.3 BBahnG). Der mitvorschlagsberechtigte Verwaltungsrat seinerseits setzt sich aus 20 Mitgliedern, davon 5 Gewerkschaftsangehörigen, zusammen (§ 10 Abs.2 BBahnG). Eine höhere Anzahl von Gewerkschaftern in diesem Gremium ist vom Gesetzgeber ebenso wie im Postbereich ganz offensichtlich nicht vorgesehen und damit unzulässig.

397) Für viele Wiedemann-Stumpf, § 2, Rdn.62; Hueck-Nipperdey, II,1,S. 425; a.A. nur Nikisch, II, S. 241

Die Einflußnahmemöglichkeit der Gewerkschaftsseite auf die Ernennung des Bundesbahnvorstandes ist daher äußerst gering, so daß sich das Problem der Gegnerabhängigkeit des Bundesbahnvorstandes nicht stellen dürfte³⁹⁸. Sollte dies dennoch der Fall sein, so müßte die Tariffähigkeit der Bundesbahn solange negiert werden, bis sich der Bundesbahnvorstand wieder aus Mitgliedern konstituiert, die die Gegnerunabhängigkeit gewährleisten.

Allerdings kann sich der Verwaltungsrat die Entscheidung über Fragen von allgemeiner Bedeutung sowie auf Verlangen von zwei Dritteln seiner Mitglieder über wichtige Einzelfragen vorbehalten (§ 12 Abs. 3 BBahnG). Der Verwaltungsrat kann also die Beschlußfassung über tarifvertragliche Fragen an sich ziehen³⁹⁹; der Vorstand ist an diese Beschlüsse gebunden (§ 9 Abs.1 BBahnG).

Es wurde schon angedeutet, daß Bedenken hinsichtlich der Gegnerunabhängigkeit des Rates nicht bestehen, da er sich nach dem Willen des Gesetzgebers nur zu einem Viertel aus Gewerkschaftsmitgliedern zusammensetzt und damit ein erhebliches Stimmenübergewicht bei den nicht-gegnerzugehörigen Personen verbleibt.

398) Auch hier kommt die Problematik des möglichen Widerstreits von Amtspflicht -beträchtigt durch den Beamteneid gemäß § 58 BBG - und Koalitionszugehörigkeit zum Tragen. Dazu ausführlich oben unter B, 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, II, 3

399) Ebenso Nipperdey, S. 104

Ebenso wie in § 26 PVerwG ist auch in § 14 Abs.4 BBahnG geregelt, daß der Abschluß von Tarifverträgen mit grundsätzlicher Bedeutung für die Bundesverwaltung des Einvernehmens der Bundesminister der Finanzen, des Inneren sowie darüber hinaus des Bundesministers für Verkehr bedarf ⁴⁰⁰, welche in diesem Falle gegnerunabhängig sein müssen, da es der Zustimmung eines jeden von ihnen bedarf. Beiden Vorschriften kommt in der Praxis jedoch keine Bedeutung zu, da die für die Arbeitnehmer von Bund, Ländern und Gemeinden abgeschlossenen Tarifverträge Pilotwirkung besitzen und regelmäßig für die Bereiche Bahn und Post übernommen werden.

B. Die Träger der Sozialversicherungen

a. Bundesanstalt für Arbeit

Die Bundesanstalt für Arbeit wird gemäß § 208 AFG vom Vorstand vertreten, soweit nicht § 209 AFG die Führung der laufenden Verwaltungsgeschäfte dem Präsidenten der Bundesanstalt überträgt; insoweit kann der Vorstand Richtlinien für die Geschäftsführung aufstellen (§ 209 Satz 3 AFG). Dies ist durch die "Richtlinien des Vorstandes für die Führung der Geschäfte durch den Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit" ⁴⁰¹ geschehen, die in § 8 den Präsidenten ermächtigen, mit den Gewerkschaften Tarifverhandlungen zu führen. Der Präsident hat nach deren Beendigung das Verhandlungsergebnis dem Vorstand zur Beschlußfassung vorzulegen.

400) Auch hier besteht weitestgehend Einigkeit darüber, daß diese Vorschrift in Hinblick auf die Tariffähigkeit der Bundesbahn keine konstitutive Wirkung entfaltet. Vgl. die Nachweise in Fn. 384

401) V.17.12.1970 i.d.F. des Beschlusses v.9.11.1972, abgedruckt bei Schieckel-Grüner, III, Nr. 1200/109

Diese Regelung hat zur Folge, daß der Präsident als direkter Verhandlungspartner der Gewerkschaften ebenso wie der Vorstand als genehmigendes Beschlußorgan gegnerunabhängig sein muß.

Ist der Präsident, der auf Vorschlag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten unter Berufung in das Beamtenverhältnis ernannt wird (§§ 210, 211 Abs.1 Ziff. 1 AFG), entgegen seinen Amtspflichten gegnerabhängig, so besteht für den Vorstand die Verpflichtung, durch eine Änderung der Richtlinien die delegierte Verhandlungskompetenz wieder an sich zu ziehen, um die Tariffähigkeit der Bundesanstalt als Vertragspartner der Gewerkschaften zu erhalten.

Ist der Vorstand -er besteht aus je 3 Vertretern der Arbeitgeber, der öffentlichen Körperschaften und der Arbeitnehmer (§ 192 Abs.1 und 2 AFG), wobei die Letztgenannten gemäß § 195 Abs.1 AFG von Gewerkschaften mit für die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen wesentlicher Bedeutung ernannt werden- gegnerabhängig, so kann das Problem fehlender Tariffähigkeit dadurch gelöst werden, daß der Vorstand von seinem Recht, die Erledigung einzelner Aufgaben einem Ausschuß zu übertragen, Gebrauch macht (§ 191 Abs.2 AFG). In diesem Falle ist das Recht zugleich eine Pflicht, da § 2 Abs. 1 TVG gewährleisten will, daß den Gewerkschaften mit dem Einzelarbeitgeber stets ein Tarifvertragspartner zur Verfügung steht, solange nicht der soziologische Konflikt zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen entfällt -so beim gewerkschaftlich beherrschten Unternehmen im Verhältnis zu den dort beschäftigten, in eben dieser Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmern- oder auf andere Weise gelöst werden kann.

Die Polarität zwischen den Versicherten-Interessen und den Gewerkschaftsinteressen wird aber durch eine Gegnerabhängigkeit des Vorstandes nicht beseitigt, da der Vorstand nicht von den Versicherten oder durch ein Vertretungsgremium der Versicherten gewählt wird ⁴⁰² und daher seine Zusammensetzung auch nicht Spiegelbild der Interessengruppierungen auf Seiten der Versicherten ist ⁴⁰³.

Der Ausschuß übernimmt im Falle der Gegnerabhängigkeit des Vorstandes die Aufgabe, über die Annahme des ausgehandelten Tarifvertrages zu beschließen.

Überdies hat der Präsident Beschlüsse des Vorstandes, die gegen Gesetz oder sonstiges Recht verstoßen, zu beanstanden (§ 202 Abs.2 AFG). Der Verwaltungsrat der Bundesanstalt seinerseits ist berechtigt, beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Abberufung des Vorstandes zu beantragen, wenn dieser die Durchführung der Aufgaben nicht gewährleisten kann (§ 203 Abs. 3 AFG).

Das AFG sieht also einen fein gegliederten Kontrollmechanismus vor, welcher zur Gewährleistung der Gegnerunabhängigkeit der Bundesanstalt für Arbeit in der Lage ist ⁴⁰⁴.

402) Er wird gemäß § 197 AFG vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung berufen.

403) Auch ansonsten bleibt der Interessenkonflikt bestehen, da bei der vorgenannten Zusammensetzung des Vorstandes die Gewerkschaftsmitglieder desselben im permanenten Widerstreit ihrer Interessen an der Wahrnehmung sozialrechtlicher Belange, welche ein wesentliches Element gewerkschaftlicher Betätigung darstellen, und der Vertretung der Arbeitnehmerbelange stehen.

404) Dem Verwaltungsrat, welcher gemäß § 216 Abs.1 AFG den Haushaltsplan feststellt, kommt damit kein bedeutsamer Einfluß auf die tarifliche Willensbildung des Vorstandes bzw. die Verhandlungsstrategie des Präsidenten zu. Der Haushaltsplan kann allenfalls die Grenzen tariflicher Konzessionen vorzeichnen, ohne dabei auf die Gestaltung des Tarifvertrages einwirken zu können. Zudem haben die Legislativorgane von Bund, Ländern und Gemeinden ebenfalls das Recht der Feststellung des Haushaltsplanes, ohne daß damit ein nachhaltiger Einfluß auf die tarifliche Willensbildung der zuständigen Exekutivorgane verbunden wäre. Die Verhandlungsvertreter können die kraft des Haushaltsplanes zur Verfügung stehenden Mittel voll ausschöpfen, müssen dies aber nicht.

b. Die im SGG vorgesehenen Sozialversicherungsträger

Die Organisation der Sozialversicherungsträger ist in weiten Teilen dem Aufbau der Bundesanstalt für Arbeit vergleichbar. Auch hier ist der Vorstand vertretungsberechtigt (§ 35 Abs.1 SGG), soweit nicht dem Geschäftsführer gemäß § 36 Abs.1 SGG die Führung der laufenden Verwaltungsgeschäfte obliegt, für die der Vorstand Richtlinien erlassen muß (§ 35 Abs.2 SGG). Tarifverhandlungen sind zwar vom Gesetzgeber nicht als Aufgabe des Geschäftsführers vorgesehen ⁴⁰⁵, sie können ihm jedoch durch die Richtlinien des Vorstandes zugeordnet werden.

Soweit danach der Geschäftsführer die Funktion des Verhandlungspartners der Gewerkschaften hat, muß er gegnerunabhängig sein, anderenfalls der Vorstand durch entsprechende Richtlinienänderungen die Verhandlungskompetenz wieder an sich zu ziehen verpflichtet ist.

Probleme ergeben sich hinsichtlich der Gegnerunabhängigkeit des Vorstandes. Er setzt sich gemäß § 40 SGG regelmäßig je zur Hälfte aus Mitgliedern der Versicherten und der Arbeitgeber, bei der Bundesknappschaft zu zwei Dritteln aus Vertretern der Versicherten und einem Drittel aus Vertretern der Arbeitgeber und bei den Ersatzkassen nur aus Vertretern der Versicherten zusammen ⁴⁰⁶. Da es sich bei dem Kreis der Versicherten nach der Legaldefinition des § 44 Abs.1 Ziff.2 SGG um Arbeitnehmer handelt und diese möglicherweise auch gewerkschaftlich organisiert sind -zumal das Recht, Vorschlagslisten für die Wahl der Versichertenvertreter einzureichen, bei den Gewerkschaften und sonstigen Arbeitnehmervereinigungen liegt (§ 48 Abs. 1 Ziff.1 SGG) -

405) Vgl.dazu Bley-Gurgel, § 36,Anm.1; Hauck-Haines, § 36,Anm.3 ff

406) Unproblematisch sind in diesem Zusammenhang nur die Träger der landwirtschaftlichen Unfallversicherung (mit Ausnahme der Gartenbau-Berufsgenossenschaften), die zu je einem Drittel aus Vertretern der Versicherten, der Selbständigen ohne fremde Arbeitskräfte und der Arbeitgeber bestehen.

kann sich im Einzelfall eine Zusammensetzung des Vorstandes ergeben, in der Mitglieder der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes die Stimmenmehrheit besitzen. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht erkannt, da er zu dem Verhältnis von Versicherteneigenschaft und Gewerkschaftszugehörigkeit innerhalb des Vorstandes in Hinblick auf die Beschlußfassung über tarifvertragliche Fragen durch eine Regelung sonst Stellung genommen hätte, zumal eine gesetzlich vorgesehene Gegnerzugehörigkeit den Grundsätzen des durch Art. 9 Abs.3 GG geschützten Kernbereichs einer funktionsfähigen Tarifaufonomie zuwiderläuft. Oberdies ist die Beschlußfassung in einem paritätisch besetzten Organ des Sozialversicherungsträgers nur mit Stimmenmehrheit möglich (§ 64 Abs.2 SGG); bei Stimmenparität gilt ein Antrag als abgelehnt. Damit wird bei permanentem Stimmengleichgewicht eine tarifliche Beschlußfassung unmöglich, d.h. die Selbstverwaltungskörperschaft ist auf tarifvertraglichem Gebiete nicht willensfähig.

Andererseits darf von den Vorstandsmitgliedern, soweit es sich um Vertreter der Versicherten handelt, nicht verlangt werden, daß sie um der Gegnerunabhängigkeit willen ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft aufgeben, da sie ihre Tätigkeit gemäß § 40 Abs.1 SGG ehrenamtlich ausüben und daher in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer des Schutzes durch ihre Gewerkschaft nicht verlustig gehen dürfen.

Das Problem möglicher Gegnerabhängigkeit des Vorstandes ist auf verschiedene Weise zu lösen. Zum einen kann gemäß § 35 Abs.1 Satz 2 SGG durch Satzung oder im Einzelfall durch den Vorstand bestimmt werden, daß auch einzelne Mitglieder des Vorstandes den Versicherungsträger vertreten können.

Die Beschlußfassung über tarifvertragliche Fragen kann also vom Gesamtvorstand an ein -gegnerunabhängiges- Einzelmitglied delegiert werden. Zum anderen ist auch eine Kompetenzerweiterung des Geschäftsführers durch Gesetz oder sonstiges für den Versicherungsträger maßgebendes Recht möglich (§ 36 Abs.1 SGG) ⁴⁰⁷.

Danach kann durch Satzungsbestimmung des Versicherungsträgers die Wahrnehmung der tarifvertraglichen Interessen dem Geschäftsführer vorbehalten bleiben.

Schließlich gibt § 66 Abs. 1 SGG dem Vorstand die Möglichkeit, die Erledigung einzelner Aufgaben mit Ausnahme der Rechtsetzung Ausschüssen zu übertragen. Der Begriff "Rechtsetzung" ist dabei im Sinne des § 33 SGG gemeint und beinhaltet nur das autonome Recht des Sozialversicherungsträgers hinsichtlich seiner Mitglieder und Organe -insbesondere Satzungsrecht- ⁴⁰⁸, nicht aber Tarifvertragsrecht in Hinblick auf seine Angestellten.

Auch das SGG enthält also ein reichhaltiges Instrumentarium, um die Gegnerunabhängigkeit seines Beschlußorgans zu gewährleisten.

6. Fazit

Die Frage der Gegnerunabhängigkeit der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes läßt sich nicht generell beantworten; hier bedarf es aufgrund der Mitgliederfluktuation und der Neuverteilung von Ämtern und Aufgaben der Prüfung im Einzelfall. Entsprechend mußte sich die Untersuchung darauf beschränken, die Maßstäbe zu entwickeln, die bei dieser Prüfung anzulegen sind. Ein Grund für die generelle Unzulässigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst ist diesbezüglich jedoch nicht ersichtlich.

407) Hauck-Haines, § 36, Rdn. 7

408) Bley-Gurgel, § 66, Anm. 1

III. Arbeitskampffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes

1. Das Recht der öffentlichen Arbeitgeber zur Aussperrung

A. Problemstellung

Wird wie in der vorliegenden Untersuchung die Aussperrung mit der herrschenden Meinung als grundsätzlich zulässig angesehen, so ergeben sich für die privatwirtschaftlichen Arbeitgeber im Hinblick auf ihre konkreten Aussperrungsmaßnahmen -abgesehen von dem Gebot der Verhältnismäßigkeit des Arbeitskampfes- keine weiteren Probleme. In Hinblick auf den öffentlichen Dienst ergeben sich jedoch einige Besonderheiten. Der Staat hat in seiner hier zu untersuchenden Funktion ⁴⁰⁹ keine Mitkonkurrenten in seinem Aufgaben- und Wirkungsbereich, sondern besitzt zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung eine Monopolstellung in zahlreichen Bereichen. Hierbei hat sich sein Tätigkeitsfeld an den Erfordernissen des in Art. 20 Abs.1 GG enthaltenen Sozialstaatsprinzips auszurichten. An dieser Bindung des Staates, der zugleich öffentlicher Arbeitgeber ist, entzündete sich die insbesondere von Isensee ⁴¹⁰ und Rüthers ⁴¹¹ vorgebrachte Kritik, das Sozialstaatsprinzip verurteile den Staat den Gewerkschaften gegenüber im Tarifkonflikt zur sofortigen Kapitulation.

409) i.e. nicht als Unternehmer auf privatwirtschaftlichem Sektor

410) S. 28 ff, 34

411) FAZ v. 14.12.1974, S. 13

In Hinblick auf die Frage der Aussperrungsbefugnis ist also zu fragen, welchen Inhalt das Sozialstaatsprinzip hat und ob die sozialstaatliche Leistungsverpflichtung das Recht zur Aussperrung überlagert mit der Rechtsfolge der Arbeitskampfunfähigkeit der öffentlichen Arbeitgeber.

B. Bedeutung und Inhalt des Sozialstaatsprinzips

Die in Art. 20 Abs.1 GG enthaltene Sozialstaatsklausel, welche nicht nur einen verfassungsrechtlichen Programmsatz aufstellt, sondern als elementares Verfassungsprinzip normative Verbindlichkeit entfaltet ⁴¹², gebietet der Staatsgewalt, im Verhältnis zu ihren Bürgern nicht nur auf dem Gebiete des Ordnungswesens ⁴¹³, sondern auch im Bereich der Vorsorge tätig zu werden. Das Gebot, für das Gemeinwohl im Wege der Daseinsvorsorge einzutreten, ist für den Staat verbindlich ⁴¹⁴ und unabänderlich ⁴¹⁵. Das bedeutet, daß der Staat die notwendigen Leistungen bereitstellen muß ⁴¹⁶. Er darf sich nicht nur auf ordnende Funktionen beschränken, sondern muß insoweit leistend tätig sein, "als es unerlässlich ist, um allen Mitgliedern des Gemeinwesens ein menschenwürdiges Dasein, Würde, Freiheit und gleiche Selbstbestimmungschancen zu ermöglichen". ⁴¹⁷

Andererseits darf das Sozialstaatsprinzip auch nicht dahin überdehnt werden, daß der Staat alle denkbaren Versorgungsmaßnahmen ergreifen müsse und der Bürger darauf gar einen klagbaren Anspruch habe ⁴¹⁸.

412) Allg.Meinung; vgl. Benda, RdA 1979,1,3

413) Z.B. Polizei-, Bau-, Meldewesen, Immissionsschutz

414) BVerfGE 1,97,105; 22,181,204; BVerwGE 27,58,63; Hamann-Lenz, Einführung, D 2, A 2, B 1; Maunz-Dürig, Art.20, Rdn. 153; v.Mangoldt-Klein, Art.20 VII,2 b; Wolff III, § 138, I, a; v.Münch, StK, Ab 5, S.96, Fn.45

415) Art. 79 Abs. 3 GG

416) v.Münch, StK, Ab 5, S.96 Fn.45

417) Wolff III, § 138 I, a

418) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 175

Der Verfassungsgeber hat bewußt darauf verzichtet, einen Katalog sozialer Pflichten des Staates in Art. 20 Abs. 1 GG aufzuführen, da die Erfüllung dieser Pflichten von den dem Staat zur Verfügung stehenden Mitteln, insbesondere den Finanzen, abhängig ist ⁴¹⁹.

Jedoch besteht insoweit ein Zwang zu sozialstaatlicher Aktivität, als dies zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz der Bürger notwendig ist ⁴²⁰.

Dies gilt in besonderem Maße für alle Bereiche der Daseinsvorsorge, auf die der Bürger infolge ihres Monopolcharakters angewiesen ist. Hier gebietet das Sozialstaatsprinzip dem Staat, alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die notwendigsten Grundlagen eines geordneten Zusammenlebens zu ermöglichen ⁴²¹. Mit Sontheimer-Bleek ⁴²² ist die Rolle des Staates daher als Korrektiv einer Industriegesellschaft zu sehen, deren schnelles Wachstum ein soziales Ungleichgewicht in der Bevölkerung bewirkt hat, das auszugleichen und einen sozialen Mindeststandard zu sichern, Aufgabe der sozialstaatlichen Tätigkeit ist ⁴²³. Der öffentliche Dienst muß sich danach als funktionales Element der Gesamtgesellschaft, als ein differenzierter sozialer Mechanismus mit differenzierten Aufgaben und Interessen begreifen. Zu Recht weisen Sontheimer-Bleek darauf hin, daß der Sozialstaat eine politische Maxime ist, die durch gesellschaftliche Ermächtigung und damit verbundene Schaffung entsprechender Verfassungsprinzipien entstanden und daher nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern für die Gesellschaft durchzusetzen ist ⁴²⁴. Dabei fällt es in zunehmendem Maße dem Staate zu, aufgrund der versagenden Selbstregelungsmechanismen gesellschaftlicher Kräfte im Industriestaat für eine Erhaltung minimaler sozialer Gerechtigkeit durch die stetig wachsende Übernahme von Aufgaben der Daseinsvorsorge zu sorgen ⁴²⁵.

419) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 170

420) BVerfGE 1, 97, 105; BVerwGE 27, 58, 63

421) Hamann-Lenz, Einführung D 2, B 4; v. Münch-Schnapp, Art. 20, Rdn. 18; Wolff III, § 138 I a

422) StK, Ab 6, S. 269 ff

423) S. 273

424) S. 270

425) S. 271

Die Struktur kollektiv zu befriedigender Bedürfnisse hat sich infolge des wachsenden Wohlstandes geändert; qualitative gesellschaftliche Ziele und Wertvorstellungen treten in den Vordergrund. Neben den Forderungen nach existentieller Sicherheit, Schutz der individuellen Rechte, zuverlässiger Versorgung und Eliminierung eintretender Störungen wird vom Staat zunehmend die Schaffung und Erweiterung individueller Freiheitsräume, eine gerechte Einkommensverteilung sowie die permanente Verbesserung der Lebensbedingungen und der gesellschaftlichen Wohlfahrt verlangt ⁴²⁶.

Ein in diesem Sinne tätiger Staat muß die Fähigkeit besitzen, durch Präventivmaßnahmen für eine Harmonie der heterogenen Kräfte in der Gesellschaft zu sorgen und unter den sich ständigen ändernden Bedingungen eine langfristige und aktiv gestaltende Planung der gesellschaftlichen Entwicklung zu bewirken ⁴²⁷.

Dies wird dadurch erschwert, daß die hochentwickelte moderne Zivilisation komplizierter, empfindlicher und damit anfälliger gegen Störungen innerhalb der Versorgungsmechanismen geworden ist. Zu Recht kommt daher die Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts zu dem Schluß, daß die Konzentration lebenswichtiger, vom Staat kontrollierter Wirtschafts-, Verkehrs- und Versorgungsbereiche, die zudem oft Monopolcharakter haben, die Abhängigkeit der Bevölkerung von öffentlichen Leistungssystemen ständig erhöht ⁴²⁸. Diese Abhängigkeit begründet die unbedingte Leistungsverpflichtung des Sozialstaates.

426) StK, Bericht, S. 100

427) StK, Bericht, S. 100

428) Bericht, S. 101

Das Sozialstaatsprinzip ist also zu begreifen als eine verfassungsrechtliche Ermächtigung und Verpflichtung des Staates der Allgemeinheit gegenüber, soziale Ungerechtigkeiten als Folge der Industriegesellschaft auszugleichen sowie eine soziale Sicherung der Gesellschaft herbeizuführen und zu erhalten ⁴²⁹. Um diesen Anforderungen genügen zu können, muß der Staat über eine hohe Integrationskraft, Problemlösungskapazität und administrative Leistungsfähigkeit verfügen ⁴³⁰.

C. Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips
auf das Recht zur Aussperrung

Erkennt man die Funktion des Staates als Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten ohne ökonomisches Eigeninteresse, so ergibt sich daraus ein wesentlicher Unterschied zum privatwirtschaftlich unternehmerischen Arbeitgeber. Dieser ist in der Lage, seine Unternehmung entsprechend der jeweiligen Konjunkturlage zu erweitern oder einzuschränken, unrentable Unternehmenszweige abzustoßen und neue gewinnträchtige Wirtschaftsgebiete zu erschließen. Oberstes Ziel bleibt stets die Rentabilität seines Unternehmens. Entsprechend bestimmt die wirtschaftliche und finanzielle Situation seines Unternehmens die Verhandlungspolitik des unternehmenden Arbeitgebers im Tarifkonflikt ⁴³¹. Er ist echter wirtschaftlicher Gegenspieler der Gewerkschaften.

429) BVerfGE 22,181,204

430) StK, Bericht, S. 102

431) StK, Bericht, S. 346 (Gesetz-Modell)

Die tarifvertragliche Kompromißformel ist mitentscheidende Richtlinie für künftige Fragen der Arbeitsplatzzahl, Investitionsneigung und Rationalisierungsmaßnahmen. Macht der Arbeitgeber von seinem Recht zur Aussperrung Gebrauch, so trifft er damit nicht nur die Arbeitnehmerschaft, sondern schwächt auch seine eigene wirtschaftliche Stellung.

Der Staat hingegen ist aufgrund des Art. 20 Abs.1 GG zur Wahrung der staatlichen Ordnung und besonders auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge den jeweiligen Bedürfnissen entsprechend zur Investition gezwungen⁴³². Seine Aufgaben sind durch gemeinwohlbezogene Fremdbestimmtheit und Verantwortlichkeit der Allgemeinheit gegenüber gekennzeichnet. In Relation dazu steht die zwingende Pflicht des Bürgers, den Staat durch Abführung von Steuern, Gebühren und Abgaben bei der Finanzierung seiner Aufgaben zu unterstützen.

Damit ist auch die Stellung der öffentlichen Hand im Tarifkonflikt eine ganz andere als die des privatwirtschaftlichen Unternehmers. Die öffentliche Hand ist zwar bestrebt, die Aufwendungen für die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer möglichst gering zu halten, um die öffentlichen Aufgaben ohne Steuererhöhungen durchführen und die Mittel für "populärere" Maßnahmen einsetzen zu können⁴³³. Andererseits wird aber ihre Finanz- und Wirtschaftslage durch Tarifabschlüsse nicht entscheidend geprägt, da sie die Möglichkeit hat, kraft Staatsgewalt fehlende Finanzmittel durch Zwangsmaßnahmen wieder zu beschaffen⁴³⁴.

432) Isensee, S. 28

433) Schneider, S. 93; vgl. auch StK, Bericht, S.348 (Gesetz-Modell)

434) Insbesondere durch vermehrtes Steueraufkommen; Rüthers, FAZ v.14.12.1974, S.13; Isensee, S.28; dazu auch StK, Bericht, S. 348 (Gesetz-Modell)

Das verdeutlicht, daß der wirtschaftliche Konflikt tariflicher Auseinandersetzungen im öffentlichen Dienst nicht nur im Verhältnis der öffentlichen Hand zu den Gewerkschaften beheimatet, sondern im besonderen Maße im Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern zu sehen ist. Betroffen von den Tarifabschlüssen im öffentlichen Dienst ist letztlich die Masse der steuerpflichtigen Bürger und derjenigen, die die Leistungen der Daseinsvorsorge für sich in Anspruch nehmen ⁴³⁵. Gerade der in Hinblick auf die Unfähigkeit privatwirtschaftlicher Regelungsmechanismen in steigendem Maße notwendige Monopolcharakter staatlicher Leistungen bringt den Bürger in wachsende Dependenz von staatlicher Leistungskraft und zwingt die staatlichen Organe zur Sicherung ihrer Leistungsfähigkeit.

Diese Besonderheiten des öffentlichen Dienstes haben dazu geführt, daß die Aussperrung auf Seiten der öffentlichen Arbeitgeber heute ganz überwiegend als unzulässig abgelehnt wird ⁴³⁶. Wie v.Münch ⁴³⁷ zu Recht ausführt, ist die Vorstellung, daß öffentliche Körperschaften ihre Bediensteten, die sie zur Erfüllung notwendiger, nicht ersetzbarer und nicht austauschbarer staatlicher Leistungen eingestellt haben, aussperren könnten, schlechthin unvorstellbar. Ein Aussperrungsrecht würde Legitimation und Notwendigkeit staatlicher Tätigkeit überhaupt ad absurdum führen.

Die Aussperrung ist schon deswegen für die öffentlichen Arbeitgeber unzulässig, weil das Sozialstaatsprinzip dem Staat die Fürsorgepflicht für seine Bürger zwingend und unabdingbar vorschreibt. Er darf damit verfassungsrechtliche Leistungsverpflichtungen nicht von arbeitsrechtlichen Konflikten abhängig machen.

435) Isensee, S. 28: Gruppeninteresse wider Gemeinwohl; ebenso Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S. 13

436) Weitbrecht, StK, Ab 11, S. 18; Mayer, StK, Ab 5, S. 670; Thieme, StK, Ab 5, S. 406; v. Münch, StK, Ab 5, S. 151; StK, Bericht, S. 349 (Gesetz-Modell); Hanau, ZRP 1974, 111; a. A. Seidel, DVB1. 1974, 144

437) StK, Ab 5, S. 151; ebenso Mayer, StK, Ab 5, S. 670

Dabei ist, wie bereits dargelegt wurde, unter dem Begriff "Fürsorge" der Gesamtbereich staatlicher Tätigkeit auf dem Gebiet der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) zu verstehen, auf die der Bürger angewiesen ist (wie beispielsweise das Sozialhilfswesen, die Versorgung mit Wasser, Gas, Strom, die Betreuung des Verkehrswesens durch öffentliche Verkehrsmittel und durch Regelung des Straßenverkehrs, die Müllabfuhr, die Abwasserbeseitigung, das Gesundheitswesen).

Gerade die Bereiche Wasser- und Abwasserversorgung sowie Müllabfuhr sind heute typischerweise im Wege des Anschluß- und Benutzungszwanges durch Ortsatzungen geregelt ⁴³⁸. Hat der Hoheitsträger aber von seinem Monopol zur Gesetzgebung Gebrauch gemacht und den Bürger zwangsweise in ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis subordiniert, so darf er die von ihm verdungene Leistung nicht durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen im Rahmen eines Tarifkonflikts verweigern ⁴³⁹.

Zudem würden staatliche Kampfmaßnahmen in erster Linie die auf staatliche Leistungen angewiesenen Bürger und erst zweitrangig die im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer treffen. Dies ist aber infolge der staatlichen Monopolstellung auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge mit Art. 20 Abs.1 GG unvereinbar.

438) Vgl. dazu die GemO Rheinland-Pfalz, § 26; Baden-Württemberg, § 11; Hessen, § 19 Abs.2; Bayern, § 24 Abs.1 ; Niedersachsen, § 8; Nordrhein-Westfalen, § 19; Saarland, § 19; Schleswig-Holstein, § 17; sowie § 8 der Verfassung der Stadt Bremerhaven.

439) Dies folgt aus Art.20 Abs.3 GG: Die Hoheitsgewalt ist an ihre Gesetze gebunden. Vgl. v.Mangoldt-Klein, Art.20, VI,2; Hamann-Lenz, Einführung D 1, A 3; v.Münch-Schnapp, Art. 20, Rdn. 21

Die Aussperrung von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes durch die öffentlichen Arbeitgeber verstößt also gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und ist damit verfassungswidrig. Darüber hinaus darf der Staat, wie in Art. 9 Abs. 3 GG sichergestellt ist, Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmerschaft nicht auf dem Wege hoheitlicher Zwangsmaßnahmen, wie beispielsweise durch die Ausrufung des Notstandes oder die Inanspruchnahme von Polizei, Bundesgrenzschutz oder Bundeswehr, begegnen ⁴⁴⁰.

Die öffentlichen Arbeitgeber sind also arbeitskampfunfähig.

440) Hamann-Lenz, Art. 9 Rdn. B 12

2. Arbeitskampffähigkeit der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes

Die Problematik der Rechtmäßigkeit des Streiks im öffentlichen Dienst nimmt aufgrund ihrer Aktualität eine zentrale Stellung auch in der Diskussion um die Reform des öffentlichen Dienstrechtes ein.

Sie ist insbesondere insofern bedeutsam, als sie zugleich eine Antwort auf die Fragen gibt, inwieweit sich der Staat von seinen Bediensteten unter Druck setzen lassen darf oder muß, inwieweit die öffentlichen Bediensteten die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Streik verhindern dürfen und inwieweit Gruppeninteressen die Priorität vor dem Gemeinwohl haben.

A. Befürworter des Streikrechts

Die Befürworter eines Streikrechts im öffentlichen Dienst ⁴⁴¹ sind vielfach zugleich die Verfechter einer tarifvertraglichen Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen für alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes im Zuge einer Gesamtreform des öffentlichen Dienstrechts. Ihrer Ansicht nach bedingt die Beibehaltung der Tarifautonomie die Möglichkeit des Arbeitskampfes ⁴⁴². Dies folge auch aus § 55 Abs.2 Satz 3 a.F. BPersVG ⁴⁴³, welcher seinem Wortlaut nach die Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien unberührt lasse ⁴⁴⁴. Durch das Druckmittel des Arbeitskampfes könnten die ungleichen Machtverhältnisse

441) Söllner, S.80; Hueck-Nipperdey, II, 2, S.983 f; Menzel, DöV 1969, S.519; Reuß, DVBl 1968, S.58; Däubler, S.94; LAG Berlin, Urteil v.24.9.1958 - 1 Sa 29/58-; StK, Bericht, S.369 (Gesetz-Tarif-Modell); DAG-Reform, S.6,52; ÖTV-Einheitliches Dienstrecht, S.19; Thieme, StK, Ab 5, S.401 ff; Ule, StK, Ab 5, S.464; Dietz, JuS 1968, S.4; Hoffmann, Kritische Justiz, 1971, 45 ff, 53 ff

442) StK, Bericht, S.369 (Gesetz-Tarif-Modell); ÖTV-Einheitliches Dienstrecht, S.19; LAG Berlin, Urteil v.24.9.1958 - 1 Sa 29/58-

443) i.e. § 66 Abs.2 Satz 2 BPersVG n.F.

444) Hueck-Nipperdey, II, 2, S.983; Däubler, S.94; Dietz, JuS 1968, S.4; vgl.auch die Nachw.bei Däubler, S.22 Anm.2,3 auf die einschlägigen Kommentierungen zu § 55 a.F. PersVG.

zwischen den öffentlichen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgeglichen und ein Verhältnis der Kräfteparität hergestellt werden ⁴⁴⁵. Außerhalb der Sphäre des Arbeitskampfes bestehe für die Arbeitnehmer keine Möglichkeit, den Wert ihrer Arbeit bei der Bemessung der Gegenleistung angemessen zur Geltung zu bringen ⁴⁴⁶. Außerdem dürfe das in Art. 9 Abs.3 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Streikrecht ⁴⁴⁷ nicht eingeschränkt werden, weil es hierfür keine zwingenden Gründe gäbe. Insbesondere rechtfertige auch die Notwendigkeit der Kontinuität staatlichen Handelns kein derartiges Verbot ⁴⁴⁸, da ein Arbeitskampf stets unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit stehe, so das Arbeitskampfmaßnahmen in lebensnotwendigen Vorsorgebetrieben ohnehin nicht zulässig seien ⁴⁴⁹.

Aus diesem Grunde schränken die Befürworter eines Streikrechts ihre Ansicht insoweit ein, als der Streik unzulässig sein soll, wenn hierdurch unmittelbar gefährdet werden der Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit, der Schutz vor Verstößen gegen die Strafgesetze, der Schutz des Staates vor Angriffen von außen, der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung oder der Schutz der Funktionsfähigkeit der obersten Verfassungsorgane in Bund und Ländern ⁴⁵⁰.

445) StK, Bericht, S.359, 369 (Gesetz-Tarif-Modell)

446) LAG Berlin, Urteil v.24.9.1958 - 1 Sa 29/58; StK, Bericht S.369 (Gesetz-Tarif-Modell)

447) So Däubler, S.94; ÖTV - Einheitliches Dienstrecht, S.19; Thieme, StK, Ab 5, S.401; Menzel, DöV 1969, S.519; Hueck-Nipperdey, II, 2, S.983

448) LAG Berlin, Urteil v.24.9.1958 - 1 Sa 29/58 bejaht das Streikrecht selbst in lebenswichtigen Betrieben. Ebenso Hoffmann, Kritische Justiz, 1971, 54

449) Brox-Rüthers, S.69; Hueck-Nipperdey, II, 2, S.984; Thieme, StK, Ab 5, S.404; StK, Bericht, S.369 (Gesetz-Tarif-Modell); a.A. Söllner, S.80; LAG Berlin, Urteil v.24.9.1958 - 1 Sa 29/58 -; Hoffmann, Kritische Justiz 1971, S. 54

450) StK, Bericht, S.371 (Gesetz-Tarif-Modell); ähnlich Däubler, S. 231

Im übrigen aber müsse sich der Staat, wenn er in seinen Diensten Arbeitnehmer beschäftige, ebenso behandeln lassen wie ein privatwirtschaftlicher Arbeitgeber ⁴⁵¹. Nehme man daher die Tarifautonomie im öffentlichen Dienst ernst, so müsse das Streikrecht beibehalten werden.

B. Gegner des Streikrechts

Die Gegner des Streikrechts im öffentlichen Dienst ⁴⁵² führen vor allem an, daß durch das Streikrecht eine bestehende Kräfteimparität zwischen den Tarifpartnern weiter verhärtet werde. Da den öffentlichen Arbeitgebern ein Aussperrungsrecht nicht zustehe ⁴⁵³ und sie einen Streik in jedem Falle abwenden müßten, bringe sie ein Streikrecht der Arbeitnehmer in eine solche Zwangslage, daß ein Verhandeln im Sinne des Tarifvertragsrechtes nicht mehr gewährleistet sei ⁴⁵⁴. So könne der öffentliche Arbeitgeber zu wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Zugeständnissen genötigt werden, um die noch nachhaltiger wirkenden Schäden eines Arbeitskampfes zu vermeiden ⁴⁵⁵. In diesem Zusammenhang messen die Gegner des Streikrechts zentrale Bedeutung dem Argument bei, daß es sich mit der in dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG wurzelnden Verpflichtung des Staates,

451) Thieme, StK, Ab 5, S. 402; StK, Bericht, S. 362 f (Gesetz-Tarif-Modell); LAG Berlin, Urteil v. 24.9.1958 - 1 Sa 29/58 -

452) Nikisch, II, S. 143; Bochalli, NJW 1958, S. 174 f; StK, Bericht, S. 347 ff (Gesetz-Modell); Kölble, DöV 1970, S. 447, 455; Rupp, S. 177; CDU-Mainzer Thesen, Nr. 4; Isensee, S. 34, 35; Wacke, Grundlagen, S. 88 ff; Forsthoff, StK, Ab 5, S. 52; Seidel, DVBl. 1974, 143; wohl auch Herzog, StK, Ab 6, S. 206; einschränkend auf Angestellte v. Mangoldt-Klein, Art. 9 VII, 1, 2. Teilweise bleibt bei diesen Stellungnahmen unklar, ob sie sich auf das Streikrecht der Arbeitnehmer in der gegenwärtigen Situation beziehen oder ob sie das Streikrecht eines reformierten öffentlichen Dienstes mit einheitlichem Dienstrecht zum Gegenstand haben.

453) StK, Bericht, S. 349 (Gesetz-Modell)

454) StK, Bericht, S. 346 (Gesetz-Modell)

455) Nikisch, II, S. 143

seine notwendigen und nicht substituierbaren Leistungen zu erbringen, nicht vereinbaren lasse, daß Mitglieder eben dieses Staates kraft autonomen Rechts in der Lage seien, die staatliche Tätigkeit zu boykottieren ⁴⁵⁶; vielmehr müsse der Staat als einheitliches funktionales Ganzes zur Wahrung seiner Handlungsfähigkeit auch organisatorisch eine Einheit bilden. Den Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes dürfe daher gegenüber den Beamten kein Sonderrecht zustehen, durch welches sie sich leicht unangemessene soziale Vorteile auch gegenüber anderen Arbeitnehmergruppierungen sichern könnten ⁴⁵⁷. Dem fehlenden Streikrecht entspreche auf der anderen Seite das fehlende Arbeitsplatzrisiko ⁴⁵⁸ und die damit verbundene Chance einer Anstellung auf Lebenszeit ⁴⁵⁹. Wenn der Verwaltungsapparat funktionieren solle, so müßten alle Störelemente eliminiert werden, die die Stetigkeit des staatlichen Handelns in Frage stellten und auf die die staatlichen Organe keinen unmittelbaren Einfluß hätten. Isensee sieht darin keinen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG, da nach seiner Ansicht das Streikrecht kein unabdingbarer, sondern nur ein möglicher Bestandteil der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Koalitionsfreiheit ist ⁴⁶⁰.

456) Nikisch, II, S. 143; Wacke, Grundlagen, S. 93 f; ähnlich Herzog, StK, Ab 6, S. 206

457) Herzog, StK, Ab 6, S. 206

458) Rütters, FAZ v. 14.12.1974, S. 13: "de facto unkündbar"; ebenso StK, Bericht, S. 346 (Gesetz-Modell)

459) StK, Bericht, S. 346, 349 (Gesetz-Modell)

460) Isensee, S. 32, 33

C. Vermittelnde Meinung

Eine vermittelnde Meinung ⁴⁶¹ will bezüglich der Zulässigkeit des Streiks differenzieren. Soweit die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, soll der Streik unzulässig, im übrigen aber rechtmäßig sein.

D. Stellungnahme

a. Kollision der Grundgesetznormen

Hinsichtlich der Frage eines Streikrechts im öffentlichen Dienst stehen zwei Grundgesetzaussagen miteinander in Konkurrenz. Die Befürworter des Streikrechts leiten dies in erster Linie aus der Freiheit koalitions-gemäßer Betätigung im Sinne des Art.9 Abs.3 GG her. Die Gegner eines Streikrechtes berufen sich für ihre Ansicht auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.

Die Lösung dieses verfassungsrechtlichen Normenkonflikts ist unter Abwägung der widerstreitenden grundgesetzlichen Garantien der Koalitionsfreiheit und der Sozialstaatlichkeit anhand einer Analyse des Verhältnisses von Berufsbeamtentum und Arbeitskampf sowie hierzu eventuell bestehender Parallelitäten im Verhältnis von Arbeitnehmerposition und Arbeitskampf unter besonderer Berücksichtigung des Gebots der Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen vorzunehmen.

461) Brox-Rüthers, S.69 ff; Kaiser, Repräsentation, S. 202

b. Lösung der Kollision im Bereich des Beamtenrechts

Für einen Teil des im öffentlichen Dienst beschäftigten Personals, die Berufsbeamten, ist der Verfassungsnormenkonflikt durch Art.33 Abs.4 und 5 GG, welcher der Vorschrift des Art.20 GG die Priorität vor Art.9 Abs.3 GG gibt, gelöst. Demzufolge sind die Rechtsverhältnisse der in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Personen -damit meint Art.33 Abs.4 GG nur die Berufsbeamten⁴⁶² - unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenrechts zu regeln. Dabei entspricht es der ganz überwiegenden Auffassung, daß den Berufsbeamten ein Streikrecht verwehrt ist⁴⁶³.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich daraus, daß ein Arbeitskampf traditionell nur in der Sphäre tarifautonomer Auseinandersetzung zulässig ist. Damit verbleibt im Beamtenrecht für einen Streik schon deswegen kein Raum, weil die Besoldung der Beamten durch Gesetz festgelegt wird⁴⁶⁴. Beamte stehen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Staat, sondern stellen diesem ihre Arbeitskraft freiwillig zur Verfügung und werden hierfür alimentiert. Ihr Rechtsverhältnis zum Staat ist von besonderen Treuepflichten geprägt, welche die Kontinuität des Verwaltungshandelns sichern sollen und die die Notwendigkeit einer gesetzlichen Reglementierung der Beschäftigungsbedingungen der Beamten dokumentieren. Ein Streik der Beamten wäre somit gegen den Gesetzgeber gerichtet⁴⁶⁵.

462) Maunz-Dürig-Maunz, Art.33 Rdn. 39 m.zahlr.Nachw.

463) BVerfGE 8,1,17; 44,249,264; BGHZ 69,228 ff; 70,277 ff; NJW 1953,1064,1066; BVerwG NJW 1978,178 f; OLG Köln, NJW 1976, 296 f; Isensee, Beamtenstreik, S.13 m.zahlr.Nachw.; Mayer, StK, Ab 5, S.666; Schick, StK, Ab 5, S.252 ff; Ule, StK, Ab 5, S.482; Forsthoff, StK, Ab 5, S.51; Wacke, Grundlagen, S.89/90 m.zahlr.Nachweisen; CDU- Zum Thema: Der moderne öffentliche Dienst, S.6; Ule DVB1 1970, 637, 639; Hueck-Nipperdey, II, 2, S.979 ff; Nikisch, II, S.142; a.A. Däubler, S.135; Menzel, DöV 1969, 519 f; Hoffmann, AöR 1966, 141 ff; differenzierend Benz, S.128 ff; Wiese, DVB1.1970, 644, 650

464) OLG Köln, NJW 1976, S.296; Seidel, DVB1. 1974, S.141 f

465) Mayer, StK, Ab 5, S.666; Schick, StK, Ab 5, S.257, 263; OLG Köln, NJW 1976, S.296; Brox-Rüthers, S.67

Hierbei würden die Beamten gegenüber der Allgemeinheit für sich ein Sonderprivileg in Anspruch nehmen, welches nicht zu rechtfertigen ist, da ein Streik gegen den Gesetzgeber nach der Vorschrift des Art.20 Abs.2 GG ein Streik gegen die Ausführung des Volkswillens und folglich mit dem Wesen einer Demokratie unvereinbar wäre ⁴⁶⁶. Ein Streik der Beamten müßte als ein politischer, gegen die von ihnen selbst getragene Staatsautorität gerichteter Arbeitskampf angesehen werden. Er käme einer Erpressung des Staates gleich ⁴⁶⁷.

Hinzu kommt, daß die öffentliche Hand vorwiegend auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge tätig ist, ohne die eine moderne Industriegesellschaft nicht existieren kann ⁴⁶⁸. Eine kleine Gruppe spezialisierter Beamter wäre mit einem Streik bereits in der Lage, die Schaltstellen staatlichen Handelns in diesem Bereich zu blockieren und damit den gesamten Staatsapparat zu paralysieren ⁴⁶⁹. Ein solcher Streik wäre als ein Boykott staatlicher Exekutivorgane mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag des Art. 20 Abs.2 GG nicht harmonisierbar ⁴⁷⁰, denn in diesem Falle dominierten egoistische Gruppeninteressen das Gemeinwohl ⁴⁷¹. Zwar ist nicht schlechthin ausgeschlossen, daß auch Sonderinteressen singulär den Vorzug vor den Interessen des Gemeinwohls verdienen, jedoch müssen in einem solchen Falle besonders gewichtige Gründe eine Privilegierung des Einzelinteresses rechtfertigen.

466) Mayer, StK, Ab 5, S. 666

467) Vgl. nur OLG Köln, NJW 1976, 296

468) OLG Köln, NJW 1976, S.296; StK,Bericht,S. 98 ff, 101

469) OLG Köln, NJW 1976, S.296; Forsthoff,StK, Ab 5, S.51

470) Seidel, DVBl 1974, S.142

471) Forsthoff, StK, Ab 5, S.51; OLG Köln, NJW 1976, S.296

Gerade aber der Vergleich zwischen den Besoldungswünschen der existentiell gesicherten Berufsbeamten einerseits und dem Anspruch der Allgemeinheit auf notwendige Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge andererseits zeigt, daß ein Vorrang der beamten-spezifischen Sonderinteressen nicht zu rechtfertigen ist ⁴⁷².

Zugleich träfe ein Beamtenstreik in erster Linie die Bevölkerung. Unbeteiligte, aber auf staatliche Leistungen angewiesene Dritte, würden damit durch interne Besoldungsauseinandersetzungen benachteiligt ⁴⁷³. Eine solche Benachteiligung widerspricht aber der zwingenden Fürsorgepflicht des Staates. Dieser muß als organisatorische, der Allgemeinheit verpflichtete Einheit seine internen Konflikte so bewältigen, daß die Allgemeinheit keinen Schaden erleidet ⁴⁷⁴.

Folglich besteht ein grobes Mißverhältnis zwischen den Kampfmaßnahmen von Beamten einerseits und den dadurch entstehenden Auswirkungen für die Allgemeinheit andererseits ⁴⁷⁵. Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die sich als unverhältnismäßig darstellen, können jedoch nicht als rechtmäßig angesehen werden ⁴⁷⁶.

472) Seidel, DVBl 1974, S. 142

473) OLG Köln, NJW 1976, S. 297

474) Seidel, DVBl 1974, 142; ähnlich Schmidt, S.268; StK,Bericht, S. 348 (Gesetz-Modell)

475) OLG Köln NJW 1976, S. 296

476) OLG Köln NJW 1976, S. 297 m.zahlr.Nachw.

c. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die
Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Dienstes

Ein Streikverbot für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes kann aus Art.33 Abs.5 GG nicht deduziert werden, da diese Vorschrift nur Aussagen in Bezug auf das Berufsbeamtentum enthält ⁴⁷⁷. Jedoch findet die in Art. 9 Abs.3 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Arbeitskampffreiheit ihre immanenten Grenzen an der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit von Kampfmaßnahmen ⁴⁷⁸. Eine solche Gesetzeswidrigkeit liegt vor, wenn die Verfassungsprinzipien der Sozialstaatlichkeit (Art.20 Abs.1 GG) und der Demokratie (Art.20 Abs.1 und 2 GG) die Arbeitskampffreiheit des Art.9 Abs.3 GG überlagern und damit dem Streik der nichtbeamteten Beschäftigten die Legitimationsbasis entziehen, wenn also der Streik der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nicht anders zu beurteilen ist als der Streik der Beamten.

Zur Beantwortung dieser Frage muß rekuriert werden auf die Funktionen, die die Arbeitnehmer innerhalb der Verwaltungsorganisation wahrnehmen. Je nach der Aufgabenstellung treffen sie teilweise selbst hoheitliche Entscheidungen oder sind an solchen beteiligt ⁴⁷⁹; teils führen sie diese aus. In jedem Falle aber sind die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes integrierter Bestandteil eines einheitlichen Verwaltungsapparates, dem die Ausführung hoheitlicher Tätigkeit von der Entscheidung bis zum Vollzug ausschließlich obliegt ⁴⁸⁰.

477) Oben, B. 1.Teil, 2.Kapitel, IV

478) Lerche, S. 19 ff, 46 ff

479) Dazu BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Öffentlicher Dienst

480) Vgl. hierzu Forsthoff,StK,Ab 5,S.52 und Wacke,Grundlagen, S.83 ff, 87.

Aus diesem Grunde wird in § 11 StGB und § 839 BGB unter der Person, die ein öffentliches Amt ausübt, nicht nur der Beamte, sondern auch der Arbeitnehmer des ÖD verstanden.

Es ist daher verfehlt, die nichtbeamteten Beschäftigten isoliert in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer zu betrachten und nicht ihre Funktion im Verwaltungsaufbau zu berücksichtigen ⁴⁸¹. Die Bedeutung, die den Aufgabenbereichen der Angestellten und Arbeiter zukommt, wird offensichtlich bei der Überlegung, daß sich eine hoheitliche Maßnahme in der Regel in den Stufen Planung, Entscheidung und Ausführung vollzieht ⁴⁸². Sie kann daher im Planungs-, Entscheidungs- oder Vollzugsbereich gehemmt werden. Damit kommt dem Streik der Arbeitnehmer die gleiche Wirkung wie dem Beamtenstreik zu; beide sind geeignet, die Durchführung notwendiger staatlicher Aufgaben zu unterbinden. Für den auf staatliche Leistungsfähigkeit angewiesenen Bürger spielt die Frage, in welcher Sphäre der Verwaltungshierarchie sich die Störung vollzieht, keine Rolle; für ihn ist vielmehr das Ergebnis staatlicher Tätigkeit von Bedeutung.

In gleicher Weise, in der die Funktion des Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes nur im Kontext seiner Integration in den Verwaltungsaufbau verstanden werden kann, darf auch die Parallelität der Funktionen des Staates als Hoheitsträger und Arbeitgeber nicht außer acht bleiben. Beide Aufgabenbereiche sind wegen ihrer Korrelation voneinander nicht differenzierbar.

Die ständig steigende Übernahme von Aufgaben im Wege der Daseinsvorsorge und die durch das Fehlen regulierender Marktmechanismen bedingte Monopolstellung des Staates in zahlreichen Lebensbereichen ist nur durch eine extensive Personalpolitik aufrecht zu erhalten ⁴⁸³, die die Bedeutung der Arbeitgeberstellung des Staates in der Gesamtbetrachtung staatlicher Funktionen manifestiert.

481) Forsthoff, StK, Ab 5, S. 52

482) Siedentopf, StK, Ab 8, S. 36

483) Dazu Ellwein-Zoll, StK, Ab 8, S.305 ff, 312 ff, 322

Ein Streik der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ist somit zugleich ein gegen den Staat gerichteter Arbeitskampf. Einer solchen Machtprobe ist die Öffentliche Hand von vornherein nicht gewachsen, da sie nicht über die den privatwirtschaftlichen Tarifvertragsparteien eigene Dispositionsfreiheit in der Verfolgung ihrer Verhandlungsziele verfügt⁴⁸⁴; ihre der Allgemeinheit gegenüber bestehende unbedingte Leistungsverpflichtung verbietet ihr nicht nur die Aussperrung, sondern um der Kontinuität der Durchführung ihrer Aufgaben willen auch die Duldung von Streiks.

Der dem Gemeinwohl verpflichtete öffentliche Dienst ist auf eine Konfrontation mit seinen Bediensteten nicht vorbereitet. Vielmehr bedarf er ihrer Loyalität und Dienstbereitschaft⁴⁸⁵. Der Bürger hat durch das immer häufiger werdende Leistungsmonopol des Staates keine Möglichkeit mehr, einen Leistungsausfall öffentlicher Institutionen durch ein Ausweichen auf andere Einrichtungen zu kompensieren⁴⁸⁶.

Damit sind die Parallelen zum Beamtenstreik veranschaulicht: ebenso wie im Falle eines Streiks der Beamten sind die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen in der Lage, den Staatsapparat ganz oder teilweise zu paralysieren und damit die dem Demokratieprinzip immanente Ausübung der Staatsgewalt des Volkes durch Exekutivorgane von der Erfüllung gruppenegoistischer Interessen abhängig zu machen.

484) StK, Bericht, S. 346 (Gesetz-Modell)

485) Isensee, S. 34

486) StK, Bericht, S. 347 (Gesetz-Modell)

Gleichermaßen werden unbeteiligte, auf die staatliche Leistungsfähigkeit angewiesene Dritte durch die verwaltungsinternen Besoldungsaueinandersetzungen benachteiligt ⁴⁸⁷. Das infolge fehlender regulativer Marktmechanismen zur Befriedigung der sozialen Bedürfnisse der Allgemeinheit bestehende Leistungsmonopol des Staates wird der Fremdsteuerung gruppenspezifischer Sonderinteressen unterworfen.

Das Übergewicht der Gewerkschaften im Tarifkonflikt birgt die Gefahr einer Entmachtung der verfassungsrechtlich legitimierten Exekutivorgane und damit eines Eingriffs in die demokratische Grundordnung des Staates in sich. Da jedoch das Demokratieprinzip die unbedingte und unbedingbare Ausübung des Volkswillens durch die hierzu berufenen Staatsorgane als unverzichtbar voraussetzt und gemäß Art. 79 Abs.3 GG unter der Geltung des Grundgesetzes nicht berührt werden darf, fehlt es den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes für die Ausübung solcher Machtbefugnisse wie der Organisation und Durchführung von Streikmaßnahmen an einer verfassungsrechtlichen Legitimation. Aus Art. 9 Abs. 3 GG kann eine Legitimation, außerhalb der Sphäre tarifautonomer Vertragsgestaltung Einfluß auf die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt zu nehmen, nicht hergeleitet werden. Die den Berufsverbänden vom Staat zur wirkungsvollen Vertretung ihrer Interessen zur Verfügung gestellten Kampfmittel dürfen nicht zum Angriffswerkzeug gegen den Staat selbst umfunktioniert und damit zweckentfremdet werden. Auch das Sozialstaatsprinzip gebietet die Priorität des Gemeinwohls vor gruppenspezifischen Eigeninteressen, soweit beide in Widerstreit miteinander stehen.

487) Weitbrecht, StK, Ab 11, S.17; Seidel, DVBl 1974, S.143; Rüthers, FAZ v. 14.12.1974 S. 13

Die Grundsätze, aus denen sich ein Streikverbot der Beamten ergibt, gelten also in gleicher Weise auch für Arbeitskampfmaßnahmen der nichtbeamteten Beschäftigten des öffentlichen Dienstes.

d) Unverhältnismäßigkeit des Streiks

Der Verteilungskonflikt im öffentlichen Dienst steht unter besonderen Vorzeichen. Der öffentlichen Hand fehlt das Regulativ marktwirtschaftlicher Eigeninteressen; ihre Willensbildung ist geprägt durch fremdbestimmte Gemeinwohlbelange⁴⁸⁸. Zwar ist sie bestrebt, die Personalkosten auf einem möglichst niedrigen Niveau zu halten; jedoch darf eine Erhöhung der Personalausgaben nicht zu einer Minderung ihrer Leistungsbereitschaft führen, da eine Vielzahl öffentlicher Aufgaben unbedingt zu erfüllen ist. Allerdings wird der Staat durch eine massive Kostenexpansion regelmäßig zu haushalts- und finanzpolitischen Anpassungsmaßnahmen gezwungen, die mit steuerlichen Mehrbelastungen der Bürger verbunden sein können. Hingegen ist das Risiko der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, durch die Forderung nach hohen Einkommensverbesserungen ihren Arbeitsplatz im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen zu verlieren, äußerst gering, da die Mannigfaltigkeit staatlicher Leistungsverpflichtungen einen Abbau des Personalbestandes nicht zuläßt.

488) StK, Bericht, S. 346 (Gesetz-Modell)

Der unbeeinflussten Interessenwahrnehmung der existentiell gesicherten Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Dienstes im Tarifkonflikt steht somit das gemeinwohlgebundene Interesse der öffentlichen Hand gegenüber, die aufgrund ihrer Bindung an das Sozialstaatsprinzip zu einer nachhaltigen Wahrnehmung ihrer tarifpolitischen Interessen nicht befähigt ist. Die tarifliche Auseinandersetzung kann daher unter dem Einfluß drohender Streikmaßnahmen zu einem Lohn-diktat der Gewerkschaften entarten. Überzogene Lohn- und Gehaltsforderungen nehmen über die notwendig werdenden finanziellen Anpassungsmaßnahmen Einfluß auf die staatliche Politik ⁴⁸⁹; sie wirken auf die Möglichkeiten staatlicher Investitionstätigkeit, die Frage der Steuererleichterungen oder -erhöhungen sowie auf die Problematik der Streichung von Titeln des Haushaltsplanes aus Kostengründen ein.

Daraus ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit des Streiks im öffentlichen Dienst. Arbeitskämpfmaßnahmen, die den Staatsapparat mit seinen vielfältigen Interessen und Verpflichtungen paralysieren, die die mit der Ausübung des Volkswillens beauftragten Exekutivorgane zur Berücksichtigung gruppenspezifischer Sonderinteressen nötigen und zudem die finanzpolitische Eigenständigkeit des Staates in Frage stellen können, überschreiten die ihnen im Rahmen des Art.9 Abs.3 GG zugedachte Funktion erheblich. Sie stellen eine Bedrohung der Staatssouveränität dar.

489) Herzog, StK, Ab 6, S. 206

e) Keine partielle Zulässigkeit des Streiks

Fraglich bleibt, ob das Streikverbot für alle Bereiche des öffentlichen Dienstes gelten muß ⁴⁹⁰ oder ob es sich auf Bereiche lebensnotwendiger Daseinsvorsorge zu beschränken hat ⁴⁹¹. Es darf nicht verkannt werden, daß in einigen Bereichen staatlicher Tätigkeit (z.B. Wasser-, Gas-, Stromversorgung, Müllabfuhr, Krankenhauswesen, Post etc) ein Streik wesentlich härtere Auswirkungen auf die Bevölkerung hat als in anderen Bereichen (z.B. Schwimmbäder, Museen, Theater, Veranstaltungshallen) ⁴⁹².

Dieser Umstand rechtfertigt jedoch keine unterschiedliche Behandlung der Frage des Streikrechts ⁴⁹³. Der öffentliche Dienst muß, wie die dargestellten Auswirkungen des Streiks auf den verschiedenen Ebenen der Verwaltungshierarchie gezeigt haben, als einheitliches Ganzes, als organisatorische Einheit betrachtet werden ⁴⁹⁴. Das zeigt sich schon daran, daß sich auch die Rechte und Pflichten der Beamten nicht nach lebensnotwendigen und weniger lebensnotwendigen Bereichen differenzieren lassen ⁴⁹⁵, vielmehr ein Streikrecht um der Kontinuität des staatlichen Handelns in allen Lebensbereichen willen abgelehnt wird ⁴⁹⁶.

490) Vgl. die oben in Fn. 434 angegebene Literatur

491) Siedentopf, StK, Ab 8, S.197 ff will nach Aufgabenbereichen der staatlichen Organisationen unterscheiden und das Streikrecht nur für die existenziell notwendigen Bereiche (notwendige Daseinsvorsorge, Militär, Polizei, innere und äußere Staatssicherheit, Grenzschutz) ausschließen. Ebenso Dagoglou, StK, Ab 6, S. 123; Herzog, StK, Ab 6, S.207; Brox-Rüthers, S.69

492) Thieme, Gutachten z.48. DJT, S. D 71

493) Mayer, StK, Ab 5, S.669; StK, Bericht, S.348 (Gesetz-Modell); Isensee, S.41; Rupp, S.177, 178; Wacke, Grundlagen, S.95

494) Wacke, Grundlagen, S.95; Forsthoff, StK, Ab 5, S.52; Mayer, StK, Ab 5, S. 667 f

495) Vgl. für viele StK, Bericht, S. 163

496) Seidel, DVBl 1974, S.142, h.M. Wiese, DVBl 1970, S.650 setzt sich allerdings für eine Differenzierung beim Beamtenstreik ein. Ebenso Benz, S. 130

Nichts anderes kann aber für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gelten, deren Kampfmaßnahmen die staatliche Verwaltung lediglich auf einer anderen Ebene blockieren.

Zutreffend wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß sich aufgrund der differenzierten und divergierenden Bedürfnisse in der Regel die Bereiche lebensnotwendiger und weniger lebensnotwendiger Daseinsvorsorge voneinander nicht werden klar abgrenzen lassen können ⁴⁹⁷. Die Notwendigkeit sozialer Einrichtungen läßt sich nicht nach abstrakten Bewertungskriterien festlegen, sondern hängt von den individuellen Bedürfnissen des Bürgers ab. Auch muß der Versuch einer justitiablen Differenzierung an der engen Verflechtung staatlicher Funktionen und Institutionen scheitern ⁴⁹⁸. Die Zulässigkeit eines partiellen Streikrechts könnte unter diesen Umständen zu gravierenden Mißständen im öffentlichen Dienst führen, wenn aufgrund einer Fehleinschätzung der Bedeutung einer Sozialeinrichtung durch die streikführenden Gewerkschaften der Arbeitskampf notwendige Versorgungseinrichtungen erfassen und damit schwere Schäden anrichten würde. Diesen Gefahren darf der öffentliche Dienst nicht ausgesetzt werden, zumal eine gerichtliche Entscheidung oft viel zu spät kommen kann und Notdienste kein hinreichender Ersatz sind ⁴⁹⁹.

497) Isensee, S.41; Wacke, Grundlagen, S.95; StK, Bericht, S.348 (Gesetz-Modell)

498) StK, Bericht, S. 348 (Gesetz-Modell)

499) Ebenso BAG BB, Beilage 4/1980, S.11 generell hinsichtlich des Übermaßverbotes von Arbeitskämpfen.

Ebensowenig ist das Unterscheidungsmerkmal der hoheitlichen zur nicht hoheitlichen Funktion⁵⁰⁰ zur Lösung des Problems geeignet⁵⁰¹, da die Verwaltungstätigkeit in Ausübung staatlicher Funktionen stets hoheitlicher Natur ist, auch wenn sie sich in privatrechtlichen Formen vollzieht⁵⁰².

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, daß jeder Streik im öffentlichen Dienst, ungeachtet der Frage, in welchem Bereich er sich vollzieht, ein gegen die Ausführung des Volkswillens durch die hierzu verfassungsmäßig legitimierten Exekutivorgane gerichteter Streik und damit verfassungswidrig ist. Die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sind ohne Rücksicht auf ihre Funktion integrierte Bestandteile einer einheitlichen Verwaltung, die in besonderem Maße dem Gemeinwohl verpflichtet ist. Dieser Umstand nimmt unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer. Um ein Streikrecht in den "nicht lebensnotwendigen" Bereichen der Daseinsvorsorge befürworten zu können, ist entweder deren Reprivatisierung erforderlich⁵⁰³ oder der Arbeitnehmer muß in privaten Konkurrenzbetrieben tätig werden. Soweit jedoch der Staat als Sachwalter der Allgemeinheit Aufgaben der Daseinsvorsorge übernimmt, darf seine Tätigkeit nicht durch Arbeitskämpfe behindert werden.

500) So aber Brox-Rüthers, S.69 ff; Kaiser,Repräsentation,S.155

501) Vgl.dazu für viele Ule, StK,Ab 5, S.460; Mayer,StK, Ab 5, S.598; Forsthoff,StK, Ab 5,S. 56 ff; v.Münch,StK,Ab 5, S. 111 ff; Benz, S.131; Söllner, S. 80

502) Dazu oben B. 1.Teil, 3.Kapitel, 2.Abschnitt

503) Zu den Möglichkeiten, die Unzulässigkeit eines partiellen Streikrechts im ÖD durch eine weitgehende Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe auszugleichen, siehe unten B. 2.Teil, 2.Kapitel.

Aus diesen Gründen muß das Streikrecht für alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes abgelehnt werden. Dem steht Art.6 Nr.4 der Europäischen Sozialcarta, der das Streikrecht gewährleistet, nicht entgegen, da dieses Recht gemäß § 31 Abs.1 der Europäischen Sozialcarta zum Schutze höherwertiger Rechtsgüter eingeschränkt werden darf, wie dies durch die Überlagerung des Art.9 Abs.3 GG durch die Verfassungsprinzipien der Demokratie und der Sozialstaatlichkeit (Art.20 Abs.1 und 2 GG) in Hinblick auf Kampfmaßnahmen im öffentlichen Dienst geschehen ist.

Somit sind auch die Gewerkschaften, soweit sie die im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer organisieren, nicht arbeitskampffähig.

IV. Rechtsfolge für die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst

Es ist als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchungen festzustellen, daß die Arbeitskampffähigkeit unabdingbare Voraussetzung der Tariffähigkeit ist und daß sowohl die Arbeitgeber als auch die Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes nicht arbeitskampffähig sind. Somit fehlt ihnen die Tariffähigkeit. Dies bedeutet, daß die von ihnen für den öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge nichtig sind.

Die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes können und dürfen an der Tarifautonomie nicht partizipieren.

Zweiter Teil =====

Überlegungen zur Behebung des durch die Nichtigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst entstehenden Regelungsdefizits hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer

1. Kapitel. Einleitende Vorbemerkungen

I. Rechtslage aufgrund der Nichtigkeit der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes

Die Nichtigkeit der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes bedeutet die Unwirksamkeit aller tarifvertraglichen Regelungen über Inhalt, Abschluß und Beendigung der Arbeitsverhältnisse der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer. Aufgrund des hierdurch entstehenden Regelungsdefizits stellt sich die Frage, ob die Arbeitnehmer überhaupt in einem rechtswirksamen Arbeitsverhältnis zu ihrer Anstellungskörperschaft stehen, und gegebenenfalls, zu welchen Konditionen sie tätig sind.

Zur Lösung des Problems ist zwischen den Arbeitsverhältnissen der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer, die gemäß § 3 Abs.1 TVG im Falle eines rechtswirksamen Tarifvertrages tarifgebunden sind, und den Arbeitsverhältnissen der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer zu differenzieren. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages, die Inhalt, Abschluß und Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln und somit die materiellen Arbeitsbedingungen enthalten, wirken unmittelbar und zwingend auf den Arbeitsvertrag, der die Rechtsgrundlage der Beschäftigung der tarifgebundenen Arbeitnehmer

bildet ¹, ein, ohne allerdings Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen zu werden ².

Die Tarifnormen stellen eine übergeordnete Rechtsquelle dar. Die Nichtigkeit dieser Rechtsquelle hat daher keinen unmittelbaren Einfluß auf den Arbeitsvertrag der organisierten Arbeitnehmer im Sinne einer Teilnichtigkeit des Vertrages (§ 139 BGB). Vielmehr ist der Arbeitsvertrag voll wirksam, jedoch -wie HAHN ³ es ausdrückt- "inhaltsarm".

Auch für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer ist Rechtsgrundlage ihrer Beschäftigung der Arbeitsvertrag. Allerdings erfolgt heute in aller Regel - besonders im öffentlichen Dienst - die inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitsverträge nichtorganisierter Arbeitnehmer durch Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifverträge ⁴. Im Gegensatz zu den tarifunterworfenen Arbeitnehmern geschieht die Einbeziehung der Tarifnormen durch einzelvertragliche Vereinbarung, so daß der Inhalt der Tarifverträge infolge Bezugnahme zum Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages wird ⁵.

Die Nichtigkeit des Tarifvertrages bewirkt demnach die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages. Damit stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 139 BGB.

1) Vertragstheorie, g.h.M.: Vgl. für viele: Zöllner, Arbeitsrecht, S.34. Nach der namentlich von Nikisch I, S.163 ff vertretenen Eingliederungstheorie soll das Arbeitsverhältnis durch faktische Eingliederung in die betriebliche Organisation begründet werden. Da aber einerseits jede Eingliederung einen Konsens voraussetzt, andererseits die Vertragstheorie auch rechtsunwirksame Verträge erfaßt, bestehen zwischen beiden Theorien keine nennenswerten Unterschiede mehr.

2) Schaub, S.1050

3) Hahn, S. 19

4) Palandt-Putzo, § 612, Anm. 3

5) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 57,58

Es gilt im Arbeitsrecht der Grundsatz, daß zur Wahrung eines möglichst umfassenden sozialen Schutzes des Arbeitnehmers § 139 BGB im Zweifel nicht zur Unwirksamkeit des verbleibenden (rechtswirksamen) Vertragsteils führt ⁶.

- " So dient es dem Schutze des Arbeitnehmers, bei Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages möglichst nicht dessen volle Nichtigkeit eintreten zu lassen. Die Vorschrift des § 139 BGB ist im Arbeitsrecht besonders behutsam anzuwenden". ⁷

Die Vermutung spricht also nicht, wie § 139 BGB es in der Regel vorsieht, für die Gesamtnichtigkeit des Vertrages, sondern gerade umgekehrt für dessen Wirksamkeit. Halbsatz 2 des § 139 BGB, demzufolge das Rechtsgeschäft wirksam ist, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde, stellt für den Bereich des Arbeitsrechtes den Regelfall dar.

Diese Grundsätze müssen für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gelten, denn es sind keine Gründe ersichtlich, den Ausnahmefall der Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrages zu befürworten, zumal der die Teilnichtigkeit ergebende Rechtsmangel nicht in den Personen der Vertragspartner (z.B. die §§ 104 ff, 119 ff BGB) oder in dem Abschlußtatbestand des Einzelarbeitsvertrages selbst (z.B. §§ 134, 138, 153, 155 BGB) begründet ist, sondern von außen her auf den Vertrag einwirkt.

- 6) Schaub, S.107; Zöllner, Arbeitsrecht, S.103; Söllner, Arbeitsrecht, S. 208 m.Nachw.
7) Söllner, Arbeitsrecht, S.208; so auch Zöllner, Arbeitsrecht, S. 103; Schaub, S.140; Grossmann-Schneider, S.54, Rdn. 91

Für die Vermutung, die Rechtswirksamkeit des in Bezug genommenen Tarifvertrages sei Voraussetzung des Einzelvertragsabschlusses gewesen, lassen sich Anhaltspunkte nicht finden; vielmehr liegt der Schluß nahe, daß die Vertragspartner bei Kenntnis der Rechtslage statt einer Bezugnahme auf den Tarifvertrag die Arbeitskonditionen durch detaillierte schriftliche Fixierung im Vertragstext festgelegt hätten.

Die Nichtigkeit der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes beeinflußt also die Wirksamkeit der Arbeitsverträge der in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer nicht.

Daraus ergibt sich die weitere Frage, zu welchen Konditionen die Arbeitnehmer tätig sind.

Eine direkte oder analoge Anwendung des § 4 Abs.5 TVG, demzufolge nach Ablauf eines Tarifvertrages dessen Rechtsnormen weitergelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, scheidet aus, da Voraussetzung der Nachwirkung von Tarifnormen deren Wirkung, d.h. deren Rechtswirksamkeit ist ⁸.

In Betracht kommt allerdings die Möglichkeit, daß die öffentlichen Arbeitgeber trotz der Nichtigkeit der Tarifverträge zur Weitergewährung der tariflich festgelegten Leistungen auf individualrechtlicher Ebene entsprechend den Grundsätzen der "Betriebsübung" ⁹ verpflichtet sind.

8) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4; Rdn. 2, 3

9) Der Begriff "Betrieb" ist hier nicht im technischen Sinne, sondern im Sinne der Einheit, innerhalb derer der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt (Anstellungskörperschaft), zu verstehen.

Bei der Betriebsübung handelt es sich um die "regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen im Betrieb" ¹⁰. Sie läßt bei den Betriebsangehörigen den Eindruck, es bestehe ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung oder ein ebensolches Verhalten, dadurch entstehen, daß Leistung oder Verhalten mehrfach in gleichartiger Weise im Sinne eines Brauches oder einer Gesetzmäßigkeit vollzogen wurden ¹¹.

Die Anwendungsfälle der Betriebsübung lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen unterteilen, und zwar zum einen in die Fälle vorbehaltloser Leistung oder ebensolchen Verhaltens in Kenntnis des Fehlens einer Rechtspflicht (freiwillige Leistungen ¹² bzw. freiwilliges Verhalten ¹³), zum anderen in die Fälle der Leistung oder des Verhaltens in Unkenntnis der wahren Rechtslage (irrtümliche Leistung oder ebensolches Verhalten ¹⁴). Innerhalb der zweiten Gruppe ist zu differenzieren zwischen den Fällen der Fehlinterpretation bestehender Rechtsbestimmungen (Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelvertrag) und den Fällen der irrtümlichen Annahme einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtspflicht ¹⁵.

10) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 58

11) Zöllner, Arbeitsrecht, S. 58

12) Z.B. Gratifikationen, wenn diese nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag bereits festgelegt sind.

13) Z.B. Billigung der gleitenden Arbeitszeit (mit der Einschränkung wie zu Fn. 12)

14) Zu den beiden Fallgruppen Canaris, S. 257

15) Dazu Canaris, S. 374 ff und 392 ff

Nur die letztgenannte Fallgruppe der Leistung bzw. des Verhaltens aufgrund irrtümlicher Annahme einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtspflicht kommt für eine Lösung der Problemkonstellation im Bereich des öffentlichen Dienstes in Betracht, da die öffentlichen Arbeitgeber in Unkenntnis der Nichtigkeit der Tarifverträge eine Vielzahl gleichförmiger Leistungen und Verhaltensweisen vollzogen haben, die sie aufgrund einzelvertraglicher¹⁶ oder gesetzlicher Bestimmungen nicht hätten erbringen müssen. Jedoch ist damit noch ungeklärt, unter welchen Bedingungen sich ein solches gleichmäßiges Verhalten zu einer Rechtspflicht auch für die Zukunft konkretisiert.

Die Voraussetzungen der Bindungswirkung betrieblicher Übungen sind in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach einer vor allen in der älteren Literatur¹⁷ vertretenen, vom BAG¹⁸ überwiegend geteilten Auffassung beruht die Verbindlichkeit der Betriebsübung auf rechtsgeschäftlicher Einzelvereinbarung, derzufolge der Arbeitgeber durch das mehrfache gleichförmige Angebot zugleich seinen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen für die Zukunft zum Ausdruck bringt¹⁹ bzw. der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers hierauf schließen darf²⁰. Die Annahmeerklärung des Arbeitnehmers erfolgt stillschweigend durch Entgegennahme der Leistung bzw. Duldung des Verhaltens.

16) Dies gilt auch für einzelvertraglich vereinbarte übertarifliche Leistungen, da deren Bemessungsgrundlage infolge der Nichtigkeit der Tarifverträge entfallen ist.

17) G.Hueck, AR-Blattei, Betriebsübung I, I Übersicht unter A.II, 2, b; Mengel, S. 65 ff; beide m. zahlr. Nachw.; A.Hueck, Festschrift Lehmann, S. 633, 638

18) BAG AP Nr. 2 zu § 27 BAT; Nr. 7 zu Art. 33 GG; Nr. 11 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche; Nr. 121 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Nr. 1 zu § 9 TV Arb Bundespost; Nr. 26 zu § 1 FeiertagslohnfortzG; anders in AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; offengelassen in AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

19) So Mengel, S. 67 ff, 71

20) So A. Hueck, Festschrift Lehmann, S. 638

Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Problemfall ergibt sich ohne weiteres, daß eine Betriebsübung nicht entstanden sein kann, da den öffentlichen Arbeitgebern ein diesbezüglicher Verpflichtungswille fehlte. Es lag nicht in ihrer Intention, eine eigenständige Verbindlichkeit für die Zukunft zu begründen; vielmehr sollten lediglich vermeintlich bestehende Tarifnormen erfüllt werden (Normenvollzugswille) ²¹. Auch fehlt es an einem Ausnahmewillen seitens der Arbeitnehmer, da für diese der Normenvollzugswille deutlich erkennbar war.

Die in der neueren Literatur vertretene Auffassung ²² sieht in der Betriebsübung keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, sondern erklärt deren Bindungswirkung mit der Erweckung von Vertrauen in die Fortdauer gleicher Handhabung. Eine Betriebsübung entsteht demnach unabhängig von rechtsgeschäftlichen Erklärungen dadurch, daß sich die Arbeitnehmer infolge mehrfacher gleichförmiger Leistungen des Arbeitgebers auf die Kontinuität des Arbeitgeberverhaltens einrichten und in diesem Vertrauen geschützt werden, sofern das Vertrauen schutzwürdig ist.

21) Die gleiche Schlußfolgerung ziehen auch Hahn, S. 109 und im Ergebnis Seiter, Betriebsübung, S. 112

22) Canaris, insb. S. 387 ff; Seiter, Betriebsübung, S.92 ff; Hahn, S. 108 ff; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 58

Im Falle vermeintlich wirksamer Tarifnormen und des dadurch erkennbaren Normenvollzugswillens des Arbeitgebers glauben die Arbeitnehmer jedoch, einen höchstpersönlichen Anspruch auf die Leistung zu haben, und vertrauen nicht auf die Kontinuität freiwilligen Arbeitgeberverhaltens ²³.

Insoweit kann eine Betriebsübung nicht entstehen. Andererseits bezieht sich das Vertrauen der Arbeitnehmer darauf, daß die Arbeitgeber die von ihnen erbrachten Leistungen nach Prüfung der Rechtslage gewährt haben, daß die Leistungen also rechtlich fundiert sind ²⁴. Dieses Vertrauen wird prinzipiell in der gleichen Weise als auch für die Zukunft schutzwürdig angesehen wie das Vertrauen in die Kontinuität gleichförmigen Verhaltens ²⁵.

Allerdings weist SEITER ²⁶ zu Recht darauf hin, daß hierdurch der Arbeitgeber noch nicht unbedingt leistungsverpflichtet ist, sondern daß eine Verpflichtung in Form der Betriebsübung erst Platz greift, wenn dieser Vertrauenstatbestand dem Arbeitgeber auch zurechenbar ist. Dies ist nach SEITER ²⁷ der Fall, wenn der Arbeitgeber den Mangel der Rechtspflicht kannte oder aufgrund von Fahrlässigkeit nicht kannte (Verschuldensprinzip).

23) Seiter, Betriebsübung, S. 112; Hahn, S. 110

24) Seiter, Betriebsübung, S. 112; Hahn, S. 110; Canaris, S. 388

25) Seiter, Betriebsübung, S. 112; Hahn, S. 110; Canaris, S. 388

26) Betriebsübung, S. 112; ebenso Hahn, S. 123; Canaris, S. 389

27) Betriebsübung, S. 112

Eine Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis der fehlenden Rechtsverpflichtung aus den Tarifverträgen kann den öffentlichen Arbeitgebern nicht angelastet werden, da die ständige Rechtsprechung des BAG ²⁸ und der Instanzgerichte sowie die nahezu einhellige Lehre Tarifverträge im öffentlichen Dienst -wenn auch aufgrund unzutreffender rechtlicher Beurteilung - als wirksam ansieht und daher von den öffentlichen Arbeitgebern nicht verlangt werden darf, zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) einen Rechtsstandpunkt in Erwägung zu ziehen, der nahezu allgemein abgelehnt wird. Auch die Anwendung der von SEITER aufgestellten Grundsätze kann also die Annahme einer Betriebsübung im öffentlichen Dienst nicht begründen.

Nach Ansicht von HAHN ²⁹ entsteht eine Verbindlichkeit des Arbeitgebers nicht nur nach dem Verschuldensprinzip, sondern darüber hinaus nach dem Risikoprinzip. Demnach ist der Arbeitgeber leistungsverpflichtet, wenn der Irrtum, auf dem die Leistungsbewirkung basiert, in der Risikosphäre des Arbeitgebers liegt. HAHN wendet hier offenbar die Grundsätze der "Sphärentheorie" sinngemäß an. Aber auch nach dieser Ansicht ist eine Betriebsübung nicht entstanden, denn nach den schon für das Verschuldensprinzip aufgestellten Grundsätzen kann das Risiko der irrtümlichen Leistung nicht einseitig der Sphäre der öffentlichen Arbeitgeber zugerechnet werden; dies umsomehr, als die Nichtigkeit der Tarifverträge nicht allein durch die Tarifunfähigkeit der Arbeitgeber-, sondern in gleicher Weise durch die Tarifunfähigkeit der Gewerkschaftsseite, also der unter Risikoaspekten den Arbeitnehmern zuzurechnenden Sphäre begründet ist.

28) Charakteristisch ist das Urteil BAGE 1,63,65

29). S. 123 ff; 125

Es bleibt somit als Ergebnis festzustellen, daß die Grundsätze über die Betriebsübung auf die Arbeitsverhältnisse der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer keine Anwendung finden können, wobei unentschieden bleiben kann, ob die rechtliche Bindungswirkung der Betriebsübung auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung oder auf der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes beruht.

Dies hat zur Konsequenz, daß Rechtsgrundlage der Arbeitsbedingungen, zu denen die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes tätig sind, die Einzelarbeitsverträge und -in Ermangelung vertraglicher Regelungen- die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (z.B. §§ 612 ff BGB, Gesetz über die Fristen der Kündigung von Angestellten, § 3 BUrlG) sind ³⁰.

Es wäre jedoch realitätsfremd, annehmen zu wollen, die öffentlichen Arbeitgeber würden sich nunmehr in Kenntnis der wahren Rechtslage auf die gesetzlichen Regelungen berufen. Dies werden sie schon deswegen vermeiden, um nicht ein soziales Ungleichgewicht der Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Dienstes im Verhältnis zu den Arbeitnehmern im Bereich der Privatwirtschaft und zu den Beamten ³¹ entstehen zu lassen und sich damit dem Verdacht der "sozialen Demontage" auszusetzen. Vielmehr scheint die Prognose gerechtfertigt, daß sie die bisher gewährten Leistungen,

30) Vgl. auch Zöllner, Arbeitsrecht, S.54 zu Ziffer 2

31) Eine Rechtspflicht zur Gewährung von Leistungen nach den für die Beamten gültigen Bestimmungen entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG besteht allerdings nicht, denn trotz der vielfach anzutreffenden faktischen Angleichung besonders von Angestellten- und Beamtenfunktionen bestehen de lege lata erhebliche Unterschiede im Rechtsstatus, die die Anwendung des Gleichheitssatzes ausschließen. Ebenso ausdrücklich BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Öffentlicher Dienst; AP Nr. 1 zu § 13 AZO; Otto, S. 100-102

Die Frage, ob de lege ferenda eine Rechtsangleichung zu befürworten ist, soll nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

auch wenn die Rechtslage nunmehr im Sinne der vorliegenden Untersuchung geklärt ist, auf individualrechtlicher Ebene zukünftig weiter erbringen werden, so daß diese Arbeitskonditionen dann entweder Bestandteil der Einzelarbeitsverträge werden oder infolge mehrfacher freiwilliger vorbehaltsloser Gewährleistung im Bewußtsein des Fehlens einer Rechtspflicht hierzu einen Vertrauenstatbestand im Sinne einer Betriebsübung bilden.

Dabei steht zu vermuten, daß es die primäre Intention der öffentlichen Arbeitgeber sein wird, eine neue Rechtsgrundlage für die Arbeitskonditionen der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer zu schaffen. Die Untersuchung solch zulässiger neuer Rechtsgrundlagen ist Aufgabe der nachfolgenden Erörterung.

II. Bisherige Reformbestrebungen für den Bereich des öffentlichen Dienstes

Um alternative Regelungsmechanismen zum Tarifvertragssystem für den Bereich des öffentlichen Dienstes aufzeigen zu können, sollen zunächst die im Rahmen der in den letzten 10 Jahren entflammten Diskussion um die Reform des öffentlichen Dienstes³² entwickelten Reformmodelle in aller Kürze dargestellt werden. Ausgangspunkt der Reformdiskussion war weniger die Einsicht, daß das Tarifrecht im öffentlichen Dienst mit dem geltenden Recht, insbesondere mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen ist³³, als vielmehr die Erkenntnis, daß durch den Wandel vom ordnenden zum leistenden Staat sich auch die Beschäftigungsstruktur im öffentlichen Dienst gewandelt hat. Vielfach nehmen Angestellte heute Aufgaben wahr, die typisch hoheitlicher Natur sind und daher von Beamten wahrgenommen werden sollten (§ 4 BBG); andererseits üben nicht wenige Beamte Tätigkeiten aus, die durchaus von Angestellten wahrgenommen werden könnten³⁴. Diesen Angleichungstendenzen von Beamten- und Arbeitnehmerstatus Rechnung tragend, fand der Vorschlag der Schaffung eines neuen gemeinsamen Dienstrechtes für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes³⁵ vielfach Zustimmung³⁶.

32) Dazu Kroppenstedt, DöV 1974, 145 ff

33) So lediglich Isensee, S. 24 ff

34) DBB-Dokumente, 6, S. 5; ÖTV-Einheitliches Dienstrecht, S. 12; Otto, S. 100; Sontheimer-Bleek, StK, Ab 6, S. 254; Wacke, Grundlagen, S. 13 ff

35) StK, Bericht, S. 141, 142

36) Menzel, DöV 1969, 513 ff; Dagtoglou, StK, Ab 6, S. 103 ff; ÖTV-Einheitliches Dienstrecht, S. 12 ff; DAG-Reform, S. 9 ff; Sontheimer-Bleek, StK, Ab 6, S. 281; Wacke, Grundlagen, S. 45 ff; Thieme, Gutachten, z. 48. DJT, S. D 64 ff; A. A. insbesondere DBB-Dokumente, S. 5 ff; Vorschlag des DBB, S. 5 ff; Forsthoff, StK, Ab 5, S. 69 f; Scholz, Staatsaufgaben, S. 5 ff; unentschieden v. Münch, StK, Ab 5, S. 132 ff

Divergenzen zwischen den einzelnen Reformvorschlägen bestehen vor allem in der Frage des Regelungsverfahrens für die Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen. Teilweise wird eine rein gesetzliche Regelung der Dienstverhältnisse befürwortet ³⁷, teilweise wird einer gemischt gesetz-tariflichen Regelung unter Aufteilung des Dienstverhältnisses in ein gesetzlich zu regelndes Statusrecht und ein tarifrechtlich regelbares Folgerecht der Vorzug gegeben ³⁸, teils unter Einschluß ³⁹, teils unter Ausschuß ⁴⁰ eines Streikrechts.

Ansatzpunkt und Inhalt der vorliegenden grob skizzierten Lösungsmodelle verdeutlichen, daß nur wenige Berührungspunkte zu den Problemen der vorliegenden Arbeit bestehen. Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, nach Reformmöglichkeiten de lege ferenda zu suchen, sondern es muß eine Konfliktlösung de lege lata gefunden werden. Zum anderen würden Überlegungen zur Rechtsvereinheitlichung von Beamten und Arbeitnehmern nicht dem Thema der Arbeit entsprechen. Schließlich ist bereits eingehend dargelegt worden, daß alle ein Tarifvertragssystem mit Streikrecht einbeziehenden Lösungsmodelle unzulässig sind. Aus den vorgenannten Einschränkungen ergeben sich die möglichen Wege zur Konfliktlösung.

- 37) So die Mehrheit der StK, Bericht, S.342 ff; ebenso CDU-Mainzer Thesen Nr. 5; Schmidt-Glaeser, DÖV 1974, 153
- 38) So die Minderheit der StK, Bericht, S. 356 ff; ebenso die Reformmodelle der Gewerkschaft ÖTV, Einheitliches Dienstrecht, S. 12 ff; und Wacke's, Grundlagen, S. 45 ff
- 39) So StK, Bericht, S.369 (Gesetz-Tarif-Modell); ÖTV-Einheitliches Dienstrecht, S. 19
- 40) Wacke, Grundlagen, S. 94

III. Möglichkeiten der Konfliktlösung

Zunächst bietet sich die Möglichkeit der Rückkehr zum Einzelarbeitsvertrag als selbständigem Regelungsinstrument an. Dieser an sich zulässigen Lösungsmöglichkeit steht jedoch in faktischer Hinsicht entgegen, daß ein solches Regelungsverfahren den Interessen der Arbeitnehmerschaft nicht gerecht werden würde. Gerade im Hinblick auf die anhaltend hohe Arbeitslosenzahl hätte der einzelne Arbeitnehmer keine der öffentlichen Hand vergleichbare Verhandlungsposition. Es fehlte ihm das Machtpotential, um seinen Forderungen den entsprechenden Nachdruck verleihen zu können ⁴¹. Die angemessene Verbesserung der Arbeitsbedingungen hinge also von der Fürsorgebereitschaft der öffentlichen Arbeitgeber ab. Gerade der Gedanke der arbeitnehmerischen Abhängigkeit von der Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers sollte aber durch das moderne Arbeitsrecht überwunden sein ⁴².

Als weitere Möglichkeit ist zu prüfen die durchgehende Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe ⁴³. Darüber hinaus ist die Frage der Beibehaltung des Tarifrechts mit der Besonderheit der Zwangsschlichtung zu erwägen ⁴⁴. Schließlich kommt die Regelung der Arbeitsverhältnisse durch Gesetz in Betracht ⁴⁵.

Diese Lösungsmöglichkeiten sind nachfolgend auf ihre Zulässigkeit und Praktikabilität hin zu untersuchen.

- 41) Zur Unzulässigkeit der Massenänderungskündigung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes als Druckmittel auf die Arbeitgeberseite vgl. Brox-Dudenbostel, Betrieb 1979, 1847 m. Nachw.
- 42) Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 234 f; Nikisch II, S. 195 f
- 43) Dazu unten 2. Kapitel
- 44) Dazu unten 3. Kapitel
- 45) Dazu unten 4. Kapitel

2. Kapitel Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe

I. Auswirkungen einer Privatisierung

Der Privatisierungsgedanke ist aus der Einsicht heraus entstanden, daß der Staat in ständig zunehmendem Maße auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung tätig ist und ein entsprechend hoher Prozentsatz der Haushaltsmittel für die Erfüllung der Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge aufgewendet werden muß. Um dem Anwachsen der Staatsverschuldung entgegenzuwirken und überdies den Staat in der Fülle der wahrzunehmenden Aufgaben zu entlasten, wird eine Privatisierung der staatlichen Leistungsbetriebe zu Gunsten von besser und rationeller arbeitenden privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgeschlagen ⁴⁶. Dieser, auf finanzpolitischen Erwägungen basierende Vorschlag hat allerdings auch erhebliche arbeitsrechtliche Konsequenzen. Verhandlungspartner der Gewerkschaften im Tarifkonflikt wäre dann nicht mehr die öffentliche Hand, sondern die Gruppe der an ihre Stelle getretenen privatwirtschaftlichen Unternehmer. Die marktwirtschaftlichen Selbststeuerungsmechanismen kämen wieder zum Tragen; der natürliche Dualismus von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen wäre reaktiviert. Das tarifautonome Regelungssystem würde durch den Wegfall öffentlich-rechtlicher Besonderheiten seine Funktionsfähigkeit wiedergewinnen.

46) Blum, zit.nach Handelsblatt v.16.1.1976: "Privatisierung ist kein Patentrezept"; Hamm, FAZ v.12.8.1975, S.11; Pukall, FAZ v. 31.8.1977, S.11; Schmölders, FAZ v.14.1.1978, S.15. Dazu auch Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 251 ff m.zahlr.Nachw. auf Lit.

Zudem wäre die Gefahr der Einflußnahme gruppen-egoistischer Sonderinteressen auf die staatliche Haushaltspolitik gebannt. Gewerkschaftsmacht würde sich nicht primär gegen Staatsmacht richten, sondern sich wieder in ihrem ursprünglichen Betätigungsfeld, der Privatwirtschaft, auswirken. Auch könnte insoweit das Spannungsfeld zwischen politischem Amt und Gewerkschaftszugehörigkeit, wie es nicht selten bei den öffentlichen Arbeitgebervertretern anzutreffen ist, abgebaut werden.

II. Beschränkung der Privatisierungsmöglichkeiten

Andererseits versteht sich das Privatisierungsmodell selbst nicht als umfassende Lösung. Privatisiert werden können nur die Bereiche der Leistungsverwaltung, die nicht aufgrund der Bindungswirkung des Sozialstaatsprinzips zwingend der staatlichen Obhut unterliegen ⁴⁷. Auf die diesbezüglich bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten wurde bereits hingewiesen ⁴⁸. Die Bereiche lebensnotwendiger Daseinsvorsorge, bei denen der Bürger nicht den Risiken privatwirtschaftlicher Vorsorge ausgesetzt sein darf, sondern auf die beständige staatliche Fürsorge vertrauen soll, sind nicht privatisierungsfähig (z.B. das Sozialhilfewesen, eine den Mindestanforderungen entsprechende Gesundheitsvorsorge, Arbeitslosenunterstützung etc.). Damit kann dieser Lösungsvorschlag allenfalls als Teilbeitrag zur Lösung der anstehenden Problematik verstanden werden.

47) Blum (Fn. 43); Steiner, S.263; Reuß, DVBl 1976, S. 932

48) Oben B. 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, III, 2, D, e

III. Bedenken gegen Privatisierungsbestrebungen

Die Privatisierung staatlicher, der Daseinsvorsorge dienender Betriebe ist problematisch ⁴⁹.

Der Staat darf sich aufgrund seiner im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG wurzelnden Leistungsverpflichtung einer Vielzahl von Aufgaben nicht begeben ⁵⁰. Zwar ist es den staatlichen Organen in Ermangelung zwingender gesetzlicher Vorschriften freigestellt, die ihnen obliegenden Aufgaben nach ihrer Wahl in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form zu bewältigen ⁵¹. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es auch zulässig, Personen des Privatrechts mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zu beauftragen, die als sogenannte "beliehene Unternehmer" anstelle des Hoheitsträgers tätig werden. In diesem Falle behalten die staatlichen Organe jedoch eine Kontrollfunktion und haben darüber hinaus eine Interventionspflicht, falls die Durchführung der delegierten Aufgabenbereiche gefährdet ist ⁵². Entscheidend ist demnach weniger die Frage, in welcher Form die staatlichen Aufgaben durchgeführt werden, als vielmehr, daß sie durchgeführt werden ⁵³.

49) Schmidt, S.269; Blum, Handelsblatt v. 16.6.1976, S. 1

50) Vgl. oben B, 1.Teil, 3.Kapitel, 3.Abschnitt, III,1,B,C

51) Vgl. B, 1.Teil, 3.Kapitel, 2.Abschnitt

52) Dazu Steiner, S. 82 ff

53) Siedentopf, StK, Ab 8, S.160; Sontheimer-Bleek, StK, Ab, 6, S.260/261; v.Münch, StK, Ab 5, S.90; Liedtke, S.1: Der Staat darf nicht zur Beute von Gruppeninteressen werden; Scholz, Staatsaufgaben, S.6: Staat als sozialer Ordnungsgarant.

An der vorgenannten sozialstaatlichen Notwendigkeit kontinuierlicher Aufgabenerfüllung zeigt sich das Problem der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Daseinsvorsorge: Zum einen besteht die Gefahr, daß der Privatunternehmer zur Bewältigung der von ihm übernommenen Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht in der Lage ist ⁵⁴. Der Staat müßte den Unternehmer in diesem Falle durch Subventionen, Kredite oder Sachmittel stützen. Unter diesen Umständen könnte allerdings nicht von einer Privatisierung, sondern nur von einer Beleihung gesprochen werden, da es gerade dem Wesen der Privatisierung entspricht, den Staat nicht nur organisatorisch, sondern auch finanziell von der Erfüllung der Aufgaben zu entbinden ⁵⁵.

Zum anderen verliert der Staat durch eine Privatisierung seine Möglichkeit zur Steuerung und Koordination der differenzierten Aufgabenkomplexe; deren qualitative und quantitative Erfüllung entzieht sich dem administrativen Einflußbereich. Dies hat besondere Auswirkungen im Falle einer durch Tarifkonflikte bedingten Leistungsstörung. Der Staat steht einem privaten Arbeitskampf, der sich auf Aufgabengebiete erstreckt, die gemäß Art.20 Abs.1 GG der staatlichen Fürsorge obliegen und für die Bürger lebensnotwendig sind, machtlos gegenüber, da er aufgrund der Privatisierung weder organisatorisch befähigt noch finanziell darauf vorbereitet ist, ein arbeitskampfbedingtes Leistungsdefizit im privatwirtschaftlichen Bereich ad hoc auszugleichen. Für den auf staatliche Leistungsfähigkeit angewiesenen Bürger ist es indessen irrelevant, ob die Leistungserbringung aufgrund eines gegen den öffentlichen Arbeitgeber oder aber eines gegen den privaten Arbeitgeber gerichteten Streiks blockiert ist.

54) Dazu Sontheimer-Bleek, StK, Ab 6, S. 261

55) Privatisierung als Gegensatz zum Verwaltungsprivatrecht

Die aufgezeigten Gründe verdeutlichen, daß durch eine Privatisierung einerseits eine Reihe tarifrechtlicher Probleme gelöst werden kann, gleichzeitig aber verfassungsrechtliche Probleme entstehen. Zudem wird offenbar, daß zwar die Ursache für Störungen im Leistungsbereich der Daseinsvorsorge aus dem öffentlichen in den privaten Sektor transponiert werden, andererseits aber die Wirkung dieser Störungen unverändert bleibt.

Das Privatisierungsmodell ist folglich ebenfalls kein geeigneter Weg zur Konfliktlösung; vielmehr zeigt sich die Notwendigkeit, die Aufgabenbereiche der Daseinsvorsorge in staatlicher Hand zu belassen ⁵⁶.

3. Kapitel Zwangsschlichtung im öffentlichen Dienst

I. Gedanklicher Ansatzpunkt

Nachdem die vorliegende Untersuchung zu dem Ergebnis geführt hat, daß Tarifverträge im öffentlichen Dienst nichtig sind, scheint der Gedanke der Einführung einer Zwangsschlichtung unter Beibehaltung des Tarifrechts im übrigen auf den ersten Blick abwegig. Es wurde jedoch eingehend dargelegt, daß die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst letztlich an der fehlenden Rechtsbefugnis zur Druckausübung in Form der Drohung mit Arbeitskämpfen und der Durchführung derselben scheitert.

56) Ebenso Schmidt, S. 268/269; Koschnik, S. 3

Es stellt sich daher die Frage, ob der Tarifvertrag als Regelungsinstrument dadurch erhalten werden kann, daß die Zwangsschlichtung die Funktion des Arbeitskampfes übernimmt; das Risiko eines für beide Tarifvertragsparteien unvorhersehbaren und möglicherweise nachteiligen verbindlichen Schiedsspruches einer neutralen Schiedsstelle wird verschiedentlich schon als starkes Druckmittel auf die Tarifpartner zur internen Einigung angesehen ⁵⁷.

Der Gedanke eines verbindlichen Schlichtungsverfahrens im öffentlichen Dienst ist nicht neu; bereits im Jahre 1920 wurde für diesen Bereich ein Schlichtungsverfahren besonders für die Bereiche lebensnotwendiger Daseinsvorsorge vorgesehen ⁵⁸ und durch die "Verordnung über das Schlichtungswesen" vom 30.10.1923 ⁵⁹ die Zwangsschlichtung eingeführt.

Nach dem 2. Weltkrieg brachte die FDP mehrere Gesetzesentwürfe über die Einführung eines Schlichtungszwanges mit zeitlich begrenzter Friedenspflicht in den Bundestag ein ⁶⁰, die jedoch keine Zustimmung fanden. In neuerer Zeit haben insbesondere Weitbrecht ⁶¹ und Siedentopf ⁶² die Diskussion um die Einführung der Zwangsschlichtung im Rahmen einer Gesamtreform des öffentlichen Dienstes neu belebt.

57) Weitbrecht, StK, Ab 11, S. 18

58) Verordnung, betreffend die Stilllegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen, v. 10.11.1920, RGBl. 1920, 3.Band, S. 1865

59) RGBl. 1923, Teil 1, S. 1043

60) Bundestagsdrucksache z. Wahlperiode, 1953, Nr. 3590 v. 28.5.1957; Drucksache, 3. Wahlperiode Nr. 8 v. 29.10.1957; Drucksache, 3. Wahlperiode Nr. 1563 v. 20.1.1960

61) StK, Ab 11, S. 17, 18

62) StK, Ab 8, S. 176 ff

II. Zulässigkeit der Zwangsschlichtung

1. Zwangsschlichtung und Tarifautonomie

Die Zwangsschlichtung wird in der Arbeitsrechtsdoktrin fast allgemein als mit der Tarifautonomie unvereinbar und verfassungswidrig abgelehnt ⁶³. Dieser Ansicht hat sich das Bundesverfassungsgericht ⁶⁴ angeschlossen. Die in Art.9 Abs.3 GG geschützte Tarifautonomie bedingt das Recht zur eigenverantwortlichen, selbständigen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ohne gestaltenden Einfluß Dritter. In diesem Rahmen genießt auch das Recht zur freiwilligen Schlichtung den Schutz des Art. 9 Abs.3 GG ⁶⁵. Beide Rechte würden durch die Einführung der Zwangsschlichtung in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich (Art. 19 Abs.2 GG) verletzt. Die freiwillige Schlichtung ist überdies als Instrument vertragsautonomer Konfliktlösung und damit als Element zur Befriedung des Arbeitslebens durch die Grundsätze des freien (Art. 2 Abs. 1 GG) und sozialen (Art. 20 Abs.1 GG) Rechtsstaates geschützt und darf daher nicht ohne weiteres eliminiert werden ⁶⁶.

63) Vgl. Hueck-Nipperdey, II,1,S.733 m.zahlr.Nachw. auf ältere Lit. Aus der neueren Lit. z.B. Schaub, S. 1019; Herschel, Arbeitsrecht, S.59; Rüthers, Tarifautonomie, S. 27; einschränkend Paech, S. 175, 176

64) E 18,18,30

65) Futter, S. 59

66) Hueck-Nipperdey, II, 1,S. 733

2. Zwangsschlichtung als zulässiges Gestaltungsmittel

Es wird in der Literatur allerdings zutreffend darauf hingewiesen, daß die Einführung der Zwangsschlichtung durch Gesetz legitim ist, wenn besondere Umstände des Gemeinwohls dies erfordern ⁶⁷.

Wie ROTHERS ⁶⁸ zu Recht darlegt, können die Tarifautonomie und der Arbeitskampf keinen absoluten Schutz genießen. Steht das Gemeinwohl einem Streik entgegen und erfüllt die Tarifautonomie ihre Funktion nicht mehr, ist sie sogar mit den Existenznotwendigkeiten der Gesamtgesellschaft unvereinbar, dann muß die Verantwortung des sozialstaatlich verpflichteten Staates an die Stelle der Tarifparteien treten ⁶⁹.

Es scheint nach dem Ergebnis der Untersuchung der Arbeitskampffähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes prima facie ein Gebot logischer Konsequenz zu sein, das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen einer legitimen Zwangsschlichtung für den Bereich des öffentlichen Dienstes anzunehmen. Die Eröffnung eines Arbeitskampfes kann in weiten Bereichen des öffentlichen Dienstes zu sofortigen akuten Notständen in der Bevölkerung führen, insbesondere bei Arbeitsniederlegungen in den Bereichen der Gas-, Wasser-, Stromversorgung, Müllabfuhr und medizinischen Versorgung; gleiches gilt aber auch für die arbeitskampfbedingte Vorenthaltung von Sozialhilfe oder Rente. So hält PREIBLER ⁷⁰ die Zwangsschlichtung im Falle der Stilllegung von Betrieben der Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung für zulässig.

67) Paech, S. 176 ff; Futter, S. 61; Raupach, S. 200 ff; Rùthers, Tarifautonomie, S. 29 ff; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 315 f; einschränkend ebenso Hueck-Nipperdey, II, 1, S. 733 und Schaub, S. 1019 (Sozialer Notstand)

68) Tarifautonomie, S. 31 f

69) Rùthers, Tarifautonomie, S. 31; Futter, S. 70 c, d; Paech, S. 176 ff, 180; Raupach, S. 201; dazu allg. auch Streeck, S. 133 ff

70) S. 96 f

Die Problematik der Einführung einer zulässigen Zwangsschlichtung im öffentlichen Dienst bedarf jedoch einer differenzierteren Betrachtungsweise. Die Autoren, die eine Zwangsschlichtung unter bestimmten Voraussetzungen befürworten, gehen von der grundsätzlichen Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems und der freiwilligen Schlichtung aus ⁷¹. Sie sehen die Zwangsschlichtung als Regulativ im Extremfall an, wenn die freiwillige Schlichtung gescheitert ist und der anschließend geführte Arbeitskampf zu akutem Notstand in der Bevölkerung führt ⁷².

Die vorliegende Problemstellung unterscheidet sich hiervon grundlegend. Das Tarifvertragssystem und damit auch die freiwillige Schlichtung sind im öffentlichen Dienst aufgrund der fehlenden Arbeitskampffreiheit der Tarifvertragsparteien funktionsunfähig. Die Zwangsschlichtung soll für den Bereich des öffentlichen Dienstes nicht ein Korrektiv eines im übrigen funktionsfähigen Tarifvertragssystems im Extremfall sein, sondern als Surrogat für den Arbeitskampf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems erst wieder herstellen. Es fragt sich, wie die Zwangsschlichtung unter diesen Gesichtspunkten zu beurteilen ist.

- 71) Rüthers, Tarifautonomie, S.31 ff; Futter, S.70 d; Preißler, S. 96 f; Raupach, S. 202 f; Hueck-Nipperdey, II,1, S.734 f; Weber, Festschrift Celle, S. 248
- 72) Hueck-Nipperdey, II,1,S. 734; Weber, Festschrift Celle, S. 248; Rüthers, Tarifautonomie, S. 31 f

Die gemeinhin gegen die Zwangsschlichtung vorgebrachten verfassungsrechtlichen argumentatorischen Ansatzpunkte versagen. Der Zwangsschlichtung steht der Schutz des Selbstverwaltungsrechtes der Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht entgegen, da eben dieses Selbstverwaltungsrecht aufgrund der Tarifunfähigkeit der Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes nicht existiert. Ebenso wenig wird die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Arbeitskampffreiheit verletzt, da sie im öffentlichen Dienst ebenfalls keine Daseinsberechtigung hat.

Allerdings stellt die Zwangsschlichtung regelmäßig eine obrigkeitliche Reglementierung und einen staatlichen Eingriff in die Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung dar und steht daher im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 3 GG⁷³. Jedoch kann sie -so paradox dies klingen mag- der Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung im öffentlichen Dienst sogar förderlich und mit der ratio des Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sein, wenn durch ihren Einsatz die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems in diesem Bereich wieder hergestellt und damit den Koalitionen des öffentlichen Dienstes eine weitere Betätigungsmöglichkeit erschlossen werden kann, die ihnen ansonsten verwehrt bliebe.

73) BVerfGE 18,18,30; vgl. Futter, S. 70 a; Rüthers, Tarifautonomie, S. 27

Es läßt sich allerdings unschwer feststellen, daß die Einführung der Zwangsschlichtung eine funktionsfähige tarifliche Selbstverwaltung nicht gewährleisten kann.

Jede Form des Zwanges, also des obrigkeitlichen Eingriffes in die private Gestaltungsfreiheit, schließt die Möglichkeit autonomer Selbstverwaltung aus. Ein Tarifvertragsrecht mit Zwangsschlichtung würde ein völlig neues Regelungssystem bedeuten, das die traditionell kontradiktorische Beziehung der Tarifvertragsparteien in ein Konsensverfahren mit schiedsrichterlicher Letztentscheidungsbefugnis umfunktionierte. Ihm fehlten die fundamentalen Elemente des vertraglichen Auseinandersetzungs- und Einigungsprozesses im Sinne des traditionellen Tarifvertragssystems. Die Letztentscheidungsbefugnis wäre den Tarifpartnern entzogen und einem Drittgremium übertragen ⁷⁴, so daß die Tarifautonomie zur Tarifaheteronomie würde. Die Parteien könnten sich ihrer sozialen Verantwortung entziehen und diese von vorneherein dem Schlichter überlassen ⁷⁵.

Damit wäre das Wesensmerkmal der Tarifautonomie, die Eigenverantwortlichkeit der Selbstverwaltung, aufgegeben. Es verbliebe den Tarifparteien auch keine Möglichkeit, ihren Forderungen nachhaltigen Druck zu verleihen und auf diese Weise eine echte Interessenwahrnehmung zu vollziehen.

Unter der Einwirkung der Zwangsschlichtung noch von einem Vertrag als einer auf freiem Entschluß beruhenden Willenseinigung zweier oder mehrerer Vertragspartner sprechen zu können, muß daher zweifelhaft erscheinen.

74) Futter, S. 70 a

75) Futter, S. 78 a ff

Oberdies müßte die Einführung der Zwangsschlichtung durch Gesetz erfolgen ⁷⁶. Der Staat müßte also durch seine Legislativorgane seinen Exekutivorganen ein Instrumentarium an die Hand geben, um seine eigenen Angelegenheiten im Verhältnis zu den Arbeitnehmerorganisationen zu regeln. Ob unter diesen Umständen ein Schlichtungsverfahren geschaffen werden könnte, welches den Interessen beider Seiten gerecht würde, ist zweifelhaft. Darüber hinaus ergibt sich das Problem eines neutralen Schlichters ⁷⁷.

Staatliche Institutionen oder im Staatsdienst stehende Personen scheiden als Schlichter von vornherein aus.

Damit verbleibt die Möglichkeit eines neutralen, nicht staatlichen und nicht gewerkschaftlich orientierten Gremiums als Schlichtungsstelle.

Abgesehen von der Fragwürdigkeit, ein diesen Anforderungen genügendes Gremium überhaupt konstituieren zu können ⁷⁸, spricht dagegen die korrelierte Verflechtung von Staats- und Arbeitgeberinteressen im öffentlichen Dienst. Mit dem verbindlichen Schiedsspruch über tarifvertragliche Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber würde das Gremium zugleich eine Entscheidung über die Verwendung eines Teils des Staatshaushaltes treffen und damit finanz-, wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen der Parlamente und Regierungen präjudizieren ⁷⁹.

Dies würde nicht nur einen Eingriff in das ausschließlich den hierzu legitimierten Verfassungsorganen vorbehaltene Budgetrecht bedeuten und damit die elementaren Verfassungsgrundsätze der Art. 110 ff GG über das

76) Raupach, S. 204; Paech, S. 174 ff

77) Weitbrecht, StK, Ab 11, S. 23

78) Weitbrecht, StK, Ab 11, S. 25

79) So müßte bei einem den Staatshaushalt stark belastenden hohen Tarifabschluß gegebenenfalls ein Nachtragshaushalt bewilligt werden. Im übrigen kann eine Umverteilung der Finanzmittel im unverändert fortbestehenden Haushaltsplan notwendig werden. Im Hinblick auf die verbleibenden Finanzmittel müssen Parlamente und Regierungen hinsichtlich ihrer wirtschafts-, finanz- und sozialpolitischen Zielvorstellungen Prioritäten setzen.

Haushaltsrecht⁸⁰, sondern auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG verletzen, da ein Legitimationsdefizit für die Ausübung staatlicher Macht durch hierzu verfassungsrechtlich nicht vorgesehene und durch den in Wahlen zum Ausdruck gekommenen Volkswillen nicht getragene Institutionen besteht.

Auch eine Delegation der vorgenannten staatlichen Hoheitsbefugnisse auf das Gremium im Wege der Einräumung einer Mitbestimmungskompetenz über den Staatshaushalt ist ausgeschlossen, da Art. 20 Abs.2 GG die zur Ausübung des Volkswillens durch oder aufgrund von Wahlen legitimierten Verfassungsorgane abschließend erfaßt, eine Übertragung von Legislativkompetenzen nur in den von der Verfassung selbst vorgesehenen Fällen (z.B. Art. 80 GG) zulässig und eine Delegation staatlicher Hoheitsbefugnisse auf andere als die im Grundgesetz aufgeführten Organe von der Verfassung nicht vorgesehen ist⁸¹.

Es bleibt als Ergebnis festzustellen, daß die Zwangsschlichtung kein zulässiges Regelungsinstrument für den öffentlichen Dienst darstellt.

80) Die Entscheidung über den Staatshaushalt stellt ein Kernstück staatlicher Hoheitsgewalt dar und darf gemäß Art.20 Abs.2 GG daher nur von den hierzu kraft Volkslegitimation berufenen Organen ausgeübt werden. Zur staatsrechtlichen Bedeutung des Staatshaushaltes vgl. Maunz-Dürig, Art.110, Rdn.2 ff; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.110, Rdn.3 ff; Hamann-Lenz, Art. 110,A; Schick, JZ 1967, 273.

Zur Ausübung des Volkswillens nur durch die in der Verfassung vorgesehenen Organe: für viele Maunz-Dürig, Art. 20, Demokratieprinzip, Rdn.54; Hamann-Lenz,Einf.D 4, B 3

81) Ein anderes gilt aufgrund des Art.9 Abs.3 GG für die Befugnis zur Delegation der Normsetzung im Tarifvertragsrecht, wobei nicht übersehen werden darf, daß Tarifnormen keine Gesetznormen im staatsrechtlichen Sinne sind. Die Delegation der Normschaffung im staatsrechtlichen Sinne ist mit dem in Art.20 Abs.2 GG zum Ausdruck gekommenen Demokratieprinzip i.S. d. Volkssouveränität unvereinbar.

4. Kapitel Regelung durch Gesetz

I. Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung

Die Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern ist primär in den Artikeln 72 ff GG geregelt.

Gemäß Art. 73 Ziff.8 GG besteht eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für alle im Dienste des Bundes und der bundes- unmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen.

Diesem Personenkreis gehören auch die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes an ⁸². Im übrigen kommt dem Bund nur eine Rahmen-Gesetzgebungskompetenz gemäß Art.75 Ziff. 1 GG bezüglich der Rechtsverhältnisse der in den Diensten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Arbeitnehmer zu ⁸³. Eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74a GG scheidet aus, da sich diese Vorschrift nur auf Beamten- oder beamten-ähnliche Rechtsverhältnisse bezieht ⁸⁴. Den Ländern verbleibt somit gemäß Art.70, 75 Ziff.1 GG die Zuständigkeit und Befugnis zur gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse der bei den Ländern, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts beschäftigten Arbeiter und Angestellten in den durch die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes gesteckten Grenzen. Eine inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer durch Gesetz ist auch mit Art.33 Abs.4 und 5 GG insoweit vereinbar, als hierdurch die statusbedingten Unterschiede zum Berufsbeamtentum nicht beseitigt werden ⁸⁵. Die generelle Übernahme der Arbeitnehmer in das Beamtenverhältnis ist also unzulässig; einer gesetzlichen Regelung ihrer Rechtsverhältnisse unter Beachtung der notwendigen Statusdifferenzierungen steht Art. 33 Abs.4 und 5 GG nicht entgegen.

82) Maunz-Dürig, Art. 73 Rdn. 110

83) Maunz-Dürig, Art. 74 a Rdn. 8

84) Maunz-Dürig, Art. 74 a Rdn. 8

85) Schick, StK, Ab 5, S. 191

II. Praktikabilität einer gesetzlichen Regelung

1. Gefahr der Rechtszersplitterung

WACKE ⁸⁶ vertritt die Auffassung, daß die zwischen Bund und Ländern verteilte Gesetzgebungskompetenz zu einer unerwünschten Rechtszersplitterung führen kann. Seine Ansicht verdient insoweit Zustimmung, als diese Gefahr zwar grundsätzlich gegeben ist; jedoch bietet die Rahmen-Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Möglichkeit zur Gewährleistung eines Minimums an Rechtskonformität. Eine divergente gesetzliche Ausgestaltung könnte vor allem bei den Regelungskomplexen der Entlohnung und des Urlaubs entstehen. Hier verdient aber der Umstand Beachtung, daß sich eine unterschiedliche Regelung dieser Fragen im Hinblick auf die ungleiche Finanzkraft der Länder und eventuelle von Land zu Land verschiedene Ausgleichsfaktoren (stärkerer Kündigungsschutz, kürzere Arbeitszeit etc.) nicht unbedingt nachteilig auswirken muß. Auch nach der bisherigen Tarifpraxis blieb es Bund, Ländern und Gemeinden überlassen, eigenständige Tarifverträge für ihr Tarifgebiet abzuschließen; jedoch bestand bei ihnen jederzeit das Bestreben nach einer einheitlichen Tarifgestaltung.

2. Gesetzliche Regelung als Politikum

Die gesetzgeberische Festlegung der materiellen Arbeitsbedingungen der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes birgt allerdings die Gefahr von parlamentarischen Machtkämpfen und Werbung um die Wählergunst in sich. Sehr leicht können die materiellen Arbeitsbedingungen zu einem Politikum werden, welches zu

86) Grundlagen, S. 49 ff; 58 ff

Querelen im Parlament führt ⁸⁷. Die Frage der Festsetzung bzw. Anpassung der materiellen Arbeitsbedingungen könnte zum Anlaß genommen werden, die Konfrontation mit dem parlamentarischen Widerpart zu suchen und damit die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zu einer generellen politischen Selbstdarstellung umzufunktionieren. Die gerechte Festsetzung der Arbeitskonditionen würde auch darunter leiden, daß die politischen Parteien diesbezüglich nur Minimalforderungen erheben, um die Bürger steuerlich nicht weiter zu belasten und damit in der Wählergunst konkurrieren zu können. Hierbei geriete das Parlament in den Konflikt zwischen der staatlichen Fürsorgepflicht für seine Beschäftigten einerseits und dem politischen Machtstreben der Parteien andererseits ⁸⁸. Als Beleg für die Richtigkeit dieser Vermutung wird verschiedentlich angeführt, daß die gesetzlich festgelegte Besoldung der Beamten seit Jahren regelmäßig hinter der allgemeinen Lohn- und Einkommensentwicklung zurückbleibe ⁸⁹.

87) Weitbrecht, StK, Ab 11, S.12; für den Bereich der Beamtenbesoldung vgl. Seidel, DVB1 1974, S. 145

88) So wohl auch Weitbrecht, StK, Ab 11, S. 11, 12

89) Ule, DVB1 1970, S. 637 ff, 640; ders. StK, Ab 5, S. 483; Thieme, Gutachten z. 48. DJT, S. D 43

3. Parlamentarisches In-sich-Geschäft

Darüber hinaus darf auch nicht übersehen werden, daß sich ein beträchtlicher Teil der Mitglieder des Deutschen Bundestages sowie der Länder- und Gemeindeparlamente aus Beschäftigten des öffentlichen Dienstes rekrutiert ⁹⁰. Dieser Teil der Parlamentsmitglieder entscheidet bei der gesetzlichen Ausgestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zugleich auch über seine eigene Versorgung indirekt mit ⁹¹. Ob unter diesen Umständen noch eine angemessene Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen möglich ist, bleibt fraglich. Immerhin wird auf gesetzgeberischem Wege über die Vergabe von Steuermitteln zum teilweisen Eigenverbrauch bestimmt ⁹². Auch hier tritt wieder der Konflikt zwischen der Pflicht zur Wahrnehmung der Gemeinwohlinteressen und dem tatsächlich bestehenden Eigeninteresse zutage.

90) Ca. 63 % aller Abgeordneten des 8. deutschen Bundestages sind gewerkschaftlich organisiert; ebenso zahlreiche Mitglieder der Bundesregierung; vgl. Naujeck, Rheinische Post v. 24.4.1978, S. 2: "Nicht nur Triumpfe"; Rupp, S. 175; vgl. auch Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S. 13: Ca. 61 % der Abgeordneten des hessischen Landtages gehörten im Jahre 1974 dem öffentlichen Dienst an. Ebenso Zöllner, Arbeitsrecht, S. 79

91) Vgl. dazu Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S. 13

92) Rüthers, FAZ v. 14.12.1974, S. 13

4. Gesamtwürdigung

Die Probleme eines legislativen Regelungsverfahrens veranschaulichen, daß auch die gesetzliche Festlegung der Arbeitsbedingungen deren Angemessenheit nicht garantieren kann. Die aufgezeigten Gefahren sollten jedoch nicht überbewertet werden; sie sind kein Spezifikum einer gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, sondern könnten ebenso auf das Zustandekommen eines jeden Gesetzes angewandt werden.

So ist es ein Ausfluß parlamentarischer Demokratie, daß die Abgeordneten direkt über ihre eigenen Bezüge entscheiden dürfen⁹³. Die Praktikabilität einer gesetzlichen Festlegung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst stehenden Arbeitnehmer zu leugnen, käme einer Negation des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie gleich.

Immerhin besteht durch den parlamentarischen Meinungsbildungsprozeß politisch divergierender Parteien auch eine gewisse Kontrolle, daß das Pendel gesetzgeberischer Maßnahmen nicht einseitig zu Gunsten oder zu Ungunsten der Arbeitnehmer ausschlägt.

So verdienen die Ausführungen RUPP's⁹⁴ -sie sind bezogen auf das Beamtenrecht - darin Zustimmung, daß die gesetzgeberische Entscheidung bereits das Ergebnis eines Kompromisses aus den vielfältigen Interessen, Vorstellungen und Meinungen der pluralistischen Gesellschaft sei⁹⁵.

93) Vgl. dazu das Diätenurteil des BVerfG NJW 1975, 2331 ff., 2335 unter 4 c

94) S. 175, 176

95) Ebenso StK, Bericht, S. 345 f (Gesetz-Modell)

Schließlich gehören Entscheidungen über die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes schon deshalb in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers, weil weitreichende konjunkturpolitische Konsequenzen hiermit verbunden sind, die nicht durch Dritte gesteuert werden dürfen ⁹⁶.

Eine ideale, umfassend befriedigende Lösung des Problems der Regelung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer ist nicht möglich. Der Grund hierfür liegt darin, daß sich das vorgenannte öffentliche Dienstrecht weder dem Arbeitsrecht noch dem öffentlichen Recht zuordnen läßt und es daher an einer eindeutigen Kompetenzregelung fehlt. Im Vergleich der aufgezeigten Lösungsmodelle ist jedoch deutlich geworden, daß das Einzelvertragsmodell zwar rechtmäßig, aber ebenso unzeitgemäß und unpraktikabel ist wie das Privatisierungsmodell, daß die Zwangsschlichtung unzulässig ist und daher die gesetzliche Regelung wegen ihrer Zulässigkeit und Praktikabilität den Vorzug verdient, wobei sie wegen der ihr immanenten Schwächen als das "kleinste Übel" bezeichnet werden muß.

Zu einer gesetzlichen Regelung der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse gibt es daher keine Alternative, wenngleich sie nicht als ein in jeder Hinsicht überzeugendes Konfliktlösungsinstrument angesehen werden kann.

96) Isensee, S. 30 f

III. Beteiligung der Gewerkschaften

Durch die gesetzliche Regelung wird auch die bisher praktizierte Mitbestimmung der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes reduziert auf ein Anhörungsrecht, ähnlich dem des Deutschen Beamtenbundes und anderer Gewerkschaften, die Beamte organisieren, bei der gesetzlichen Festsetzung der Beamtenbesoldung.

Allerdings wurde im Rahmen der Diskussion um die Reform des öffentlichen Dienstes im Zuge einer gesetzlichen Regelung der Beschäftigtenrechtsverhältnisse wiederholt ein Beteiligungsverfahren der Gewerkschaften dergestalt vorgeschlagen, daß ihnen über die Bundesregierung ein beschränktes Initiativrecht im Bundestag und in den Bundestagsausschüssen zustehen sollte ⁹⁷. Dem steht jedoch entgegen, daß gemäß Art. 20 Abs. 2 GG Interessengruppen im Gesetzgebungsverfahren kein Mitwirkungsrecht haben ⁹⁸. Zwar sind Anhörungen im Rahmen des legislativen Willensbildungsprozesses nicht nur möglich, sondern erwünscht ⁹⁹ und teilweise auch erforderlich ¹⁰⁰; für die Beteiligung von Interessengruppen am formellen Gesetzgebungsverfahren in der vorgeschlagenen Art ist jedoch nach der geltenden Verfassung kein Raum ¹⁰¹.

97) StK, Bericht, S. 350 f, 358; ÜTV - Einheitliches Dienstrecht, S. 29; Siedentopf, StK, Ab 8, S. 183 ff, 187

98) Dagtoglou, StK, Ab 6, S.117 ff, 118; Schick, StK, Ab 5, S. 249, 250

99) Vgl. nur § 73 Abs.3 GeschOBT; dazu auch Fricke, S. 213 ff m.Nachw.

100) Vgl. §§ 58 BRRG, 94 BBG

101) Schick, StK, Ab 5, S.249,250; Herzog, StK, Ab 6, S. 222; Dagtoglou, StK, Ab 6, S. 119; ähnlich Ule, DVBl 1970, 641 (Beamtenbesoldung)

C. Zusammenfassende Thesen

1. Tarifverträge sind nichtig im Falle ihrer Gesetz- oder Sittenwidrigkeit, der Mißachtung der den Tarifvertragsparteien durch die §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 2 TVG gesteckten Grenzen der Regelungsbefugnis sowie im Falle fehlender Tariffähigkeit der Vertragspartner. Auf diese Nichtigkeitsgründe hin sind auch Tarifverträge im öffentlichen Dienst zu untersuchen. Die Bedingungen einer funktionsfähigen Tarifautonomie bedürfen der Berücksichtigung auch bei besonders gelagerten Sachverhalten im öffentlichen Dienst. Es ist kein Regelungsmechanismus vorhanden, der diese Bedingungen unter Beibehaltung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems im öffentlichen Dienst partiell hinfällig werden ließe.
2. Tarifverträge im öffentlichen Dienst verstoßen nicht gegen Art. 33 Abs. 5 GG. Diese Vorschrift enthält nach der zutreffenden ganz herrschenden Meinung nur Aussagen in Bezug auf das Berufsbeamtentum.
3. Gründe für die Nichtigkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst können sich nur aus dem Gesichtspunkt fehlender Tariffähigkeit der Vertragsparteien ergeben.
4. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit sind teilweise umstritten, teilweise sind Unsicherheiten bei den Bemühungen um ihre inhaltliche Konkretisierung erkennbar. Zwischen der Tariffähigkeit von Koalitionen und von Einzelarbeitgebern ist zu unterscheiden.

5. Koalitionen sind Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern, die als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernommen haben, frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig vom Gegner und von dritten Mächten und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sind. Sie müssen, um tariffähig zu sein, das geltende Tarifrecht für sich als verbindlich anerkennen (Tarifwilligkeit) und arbeitskampffähig sein.
6. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Berufsverbänden und die Anforderungen an die Koalitionseigenschaft sind nur partiell kongruent, da einerseits die Tarifautonomie nur eine Möglichkeit im Rahmen der Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung ist und daher die Koalitionseigenschaft nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, die nicht zu einer sinnvollen Betätigung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG notwendig sind, andererseits aber die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erfordert, daß Koalitionen, die an ihr partizipieren, weitere Anforderungen erfüllen.
7. Die "Verbandsmächtigkeit" ist kein Erfordernis der Tariffähigkeit, da dieses Merkmal inhaltlich zu unbestimmt und unbestimmbar ist, um justitiabel zu sein.
8. Die Arbeitskampffähigkeit, d.h. die Fähigkeit, einen legitimen Arbeitskampf durchzuführen, ist konstitutives Merkmal der Tariffähigkeit der Koalitionen. Sie ist das einzige wirkungsvolle Druckmittel, um die eigenen Forderungen dem Vertragsgegner gegenüber nachhaltig vertreten zu können. Dies gilt im besonderen Maße für die Gewerkschaften als den fordernden Vertragsparteien.

9. Das Erfordernis der Arbeitskampffähigkeit muß aus Gründen der Kampfparität auch für die Arbeitgeberverbände gelten. Der dem Vertragssystem immanente kontradiktorische Verhandlungsprozeß könnte sonst zu einem gewerkschaftlichen Vertragsdiktat modifiziert werden. Aus diesen Gründen muß auch die Abwehraussperrung als Kampfmittel auf Arbeitgeberseite als rechtswirksam angesehen werden.
10. Der Einzelarbeitgeber ist nicht per se tariffähig. Vielmehr sind Gegnerfreiheit, Unabhängigkeit vom Gegner und von dritten Mächten sowie Arbeitskampffähigkeit in Hinblick auf seine Tariffähigkeit konstitutive Merkmale. Diese Erfordernisse haben keinen koalitionsspezifischen Charakter; sie bedingen die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und müssen daher alle in Frage kommenden Tarifvertragsparteien erfassen.
11. Die öffentlichen Arbeitgeber sind nicht abhängig von Staat und Parteien als von Dritten außerhalb der Sphäre der Tarifvertragspartei stehenden dritten Mächten. Bund, Länder und Gemeinden vollziehen als Elemente des Staatsaufbaus ihre tarifliche Willensbildung unter der legitimen Einflußnahme der in ihren verfassungsmässigen Aufbau integrierten Parteien.
12. Die Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes müssen gegnerfrei sein. Das Merkmal der Gegnerfreiheit ist im Zuge seiner inhaltlichen Konkretisierung als Gegnerunabhängigkeit zu verstehen. Diese ist gegeben, wenn innerhalb des Beschlußorgans der Tarifvertragspartei die Stimmenmehrheit und damit die Letztentscheidungsgewalt bei den Mitgliedern verbleibt, die nicht der Gegenseite zugehören.

13. In den Reihen der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes sind Mitglieder zu finden, die zugleich Funktionen als öffentliche Arbeitgebervertreter innehaben. Gleichwohl kann eine generell-abstrakte Gegnerabhängigkeit der Gewerkschaften nicht festgestellt werden. Entscheidend ist die Überprüfung der Stimmenverhältnisse innerhalb der Beschlußorgane im Einzelfall.
14. Auch die öffentlichen Arbeitgeber müssen gegnerunabhängig sein. Aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, demzufolge auch Mitglieder von Berufsverbänden politische Ämter mit Arbeitgeberfunktion einnehmen können, ergibt sich nichts anderes. Die freiwillige Übernahme des politischen Amtes und die damit verbundenen gemeinwohlbezogenen Amtspflichten überlagern das Recht auf freie koalitionsgemäße Betätigung und verpflichten den Amtsträger, seine Gewerkschaftsmitgliedschaft zu beenden. Ein Rechtsmittel, um den Amtsträger hierzu zu zwingen, besteht allerdings nicht. Solange der mit Arbeitgeberfunktionen betraute Amtsträger seine Gewerkschaftszugehörigkeit nicht aufgibt, ist die betreffende Körperschaft tarifunfähig.
15. Die Koalitionen der Länder und Gemeinden sind hiervon nur insoweit betroffen, als ihre Beschlußorgane ein Stimmenübergewicht der gegnerunabhängigen Mitglieder nicht mehr gewährleisten. Dies läßt sich wegen der Mitgliederfluktuation ebenfalls nur im Einzelfall feststellen.
16. Auf Bundesebene muß der Bundesminister des Inneren gegnerunabhängig sein. In besonderen Fällen ist dieses Erfordernis auch auf den Bundeskanzler und den Bundesminister der Finanzen zu erstrecken.

17. Die Gegnerunabhängigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts ist insofern problematisch, als infolge gesetzlicher Bestimmungen im SGG eine paritätische, überparitätische oder sogar ausschließliche Besetzung der Beschlußorgane der Sozialversicherungsträger mit Mitgliedern der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes denkbar ist. Jedoch besteht die Möglichkeit, die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen einzelnen gegnerunabhängigen Mitgliedern des Beschlußorgans (Vorstand) oder einem Drittgremium (Geschäftsführer oder Ausschuß) zu übertragen.
18. Die Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes können für die Gegnerunabhängigkeit der öffentlichen Arbeitgeber Sorge tragen, indem sie durch Satzungsbestimmungen die Mitgliedschaft von Arbeitgebervertretern in ihren Reihen ausschließen oder im Falle entsprechender Satzungsermächtigung gegen die Mitglieder, die als politische Amtsträger infolge ihrer Gegnerabhängigkeit den rechtsgültigen Abschluß von Tarifverträgen verhindern, ein Ausschlußverfahren wegen gewerkschaftsschädlichen Verhaltens durchführen.
19. Die in dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs.1 GG wurzelnde Leistungsverpflichtung des Staates verbietet diesem die Aussperrung der in seinen Diensten stehenden Arbeitnehmer . Das infolge des Versagens marktwirtschaftlicher Selbstregelungsmechanismen notwendige und ständig anwachsende Leistungsmonopol des Staates auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge ist auf Arbeitskonflikte mit seinen Bediensteten nicht eingerichtet und darf hierdurch auch in seiner für die Bürger notwendigen Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt werden.

20. Aus diesem Grunde ist auch ein Streik der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes unzulässig. Er verstößt nicht nur gegen das Sozialstaatsprinzip, sondern durch die Möglichkeit zur Verhinderung der Ausführung des Volkswillens durch die dazu legitimierten und verpflichteten Exekutivorgane auch gegen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs.2 GG) und ist unverhältnismäßig. Ein Streik ist auch partiell nicht zulässig, da eine justitiable Abgrenzung zwischen notwendigen und nicht notwendigen Bereichen der Daseinsvorsorge aufgrund der personellen und organisatorischen Verflechtungen innerhalb der Verwaltung sowie der divergierenden und differenzierten Bedürfnisse der Bürger nicht möglich ist.
21. Infolge ihrer Arbeitskampfunfähigkeit sind die Vertragsparteien des öffentlichen Dienstes tarifunfähig. Tarifverträge im öffentlichen Dienst sind also nichtig.
22. In Ermangelung wirksamer tarifvertraglicher Regelungen ergeben sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes aus den Einzelarbeitsverträgen und -in Ermangelung entsprechender Vereinbarungen- aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.
23. Als Konfliktlösungsmöglichkeiten kommen die Rückkehr zum Einzelarbeitsvertrag, eine Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe, die Beibehaltung des Tarifrechts unter Einführung der Zwangsschlichtung sowie eine gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer in Betracht.

24. Die Rückkehr zum Einzelarbeitsvertrag ist zwar zulässig, aber unzeitgemäß und unpraktikabel.
25. Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungsbetriebe muß daran scheitern, daß sich der Staat seiner Leistungsverpflichtung auf nahezu allen Gebieten der Daseinsvorsorge aus Gründen der Sicherung einer kontinuierlichen Versorgung der Bevölkerung nicht begeben darf.
26. Die Einführung der Zwangsschlichtung ist unzulässig. Sie kann die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie im Bereich des öffentlichen Dienstes nicht wieder herstellen und die Aufgabe des Merkmals der Arbeitskampffähigkeit nicht übernehmen. Sie ist mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar.
27. Eine gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer ist zulässig und praktikabel, wobei das Legislativverfahren wegen der ihm immanenten Schwächen als das kleinste Übel angesehen werden muß. Es fehlt eine eindeutige Kompetenzregelung hinsichtlich des Rechts der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, welches weder dem Arbeitsrecht noch dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann. Eine Reform des öffentlichen Dienstes wird diesem Umstand Rechnung tragen müssen.

L e b e n s l a u f

5. Mai 1952	geboren in Bonn
April 1958 bis April 1962	Besuch der Volksschulen in Ordiningen und in Krefeld
April 1962 bis Juni 1964	Besuch Gymnasium am Moltkeplatz in Krefeld
Juni 1964 bis Juli 1971	Besuch Gutenberg-Gymnasium in Wiesbaden. Abschlusszeugnis der Hochschulreife
Sept. 1971 bis Juli 1976	Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. 1. juristische Staatsprüfung
Sept. 1976 bis März 1979	Referendar in Wiesbaden. 2. juristische Staatsprüfung
seit Juni 1979	Rechtsanwalt in Wiesbaden

Druckerei I.B. Heim, Mainz

